

I. Gall.

121^h.

ac I 212 5.7. page 81
~~Al 176~~

Planck

N. gall. h
121 -

In der
Universitäts-Buchhandlung
von
August Oswald in Heidelberg
Ist zu haben alle literarischen Produkte und
Gegenstände, die zu haben: ein vollständi-
ges Sortiment von Vocal und Instrumental-
Musik, musikalischen Instrumenten von
guten Meistern, Metall- und
Darmsaiten, und allen zu
der Musik erforderlichen
Apparat

Handwritten signature or initials in cursive script.

Vom Königl. Hypothekentzammer
zu Genueveur genueveur

Handwritten signature or initials in cursive script.

20 fr.

Die
Lehre vom Besitze

nach den
Grundsätzen

des
französischen Civil-Rechtes

dargestellt

von

Dr. W. Pl a n c k,

Beysitzer des königl. Districts-Tribunals und der Juristen-Facultät
zu Göttingen.

Göttingen

bei Heinrich Dieterich

1811.

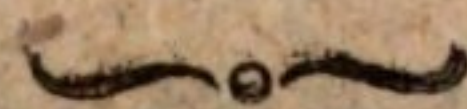




Die
Lehre vom Besitze

nach den

Grundsätzen des französischen Civil-Rechtes.



§. 1.

Der Verfasser der gegenwärtigen Abhandlung hat es bey ihrer Ausarbeitung selber recht lebhaft gefühlt, wie wenig er, auch bey dem besten Willen, etwas Vollständiges zu leisten im Stande sey. Der Stoff selber ist im Gesetzbuche zu dürftig behandelt, und der Wissenschaft zu viel auszufüllen überlassen, als dafs es ohne gewisse bestimmte allgemeine Grundsätze möglich wäre, auf diesem weiten Spiel-Raume zu einigen sichern und zuverlässigen

sigen Resultaten zu gelangen. Es scheint zwar, als ob die Beschaffenheit des Gegenstandes hier eine grofse Erleichterung geben könnte, und dafs der Besitz, der blofs durch die ihm vom Gesetz beygelegten Wirkungen ein juristisches Interesse erhält, in Ansehung seines Erwerbes und Verlustes lediglich nach den, aus seiner blofs factischen Natur fliefsenden Grundsätzen beurtheilt werden müsse; und in dieser Hinsicht würde das Römische Recht, in welchem diese Methode so rein, und so consequent durchgeführt ist, wie es nur bey einem Gegenstande, dem das Gesetz einmal positive Wirkungen beygelegt hat, möglich ist, ohne Zweifel am besten die Stelle der Doctrin vertreten können ¹⁾. Allein schon die wenigen positiven Bestimmungen, die das Gesetzbuch über diesen Gegenstand enthält, zeigen deutlich, dafs es auch hier, wie bey andern Materien auf eine ausgebildete frühere Doctrin hinweist, und dafs auch hier gewisse, einmal für unbestritten angenommene, und in der Schule unverändert fortgepflanzte Ansichten zum Grunde liegen, in deren Geist und unter deren Voraussetzung der Gesetzgeber nachmals gewürkt hat. Alles dieses wird bey einer recipirten Gesetz-

1) Wie diels z. E. Zachariä *Handbuch des französ. Civil-Rechtes*, §. 68. *Zus. Th. 1. p. 103.* und Bauer, *Lehrbuch des Napoleonischen Civil-Rechts* §. 57. *not. a, p. 68.* behaupten.

Gesetzgebung für das recipirende Volk mehr oder weniger positiv, und in sofern war es denn auch hier unerläßlich, in den alten Zustand, mit dem das neue Recht durch so viele Fäden verbunden ist, einzudringen, und den alten Boden, aus dem es emporgewachsen ist, und in dem es allein wird gedeihen können, noch einmal mühsam zu durchsuchen. Ob freylich eine solche treue und unverfälschte Aneignung fremder Ansichten denkbar, eine gewissenhafte Entschlagung und Verläugnung der gewohnten Begriffe und Vorstellungen möglich ist, und ob nicht früh oder spät die recipirte Gesetzgebung dennoch unwillkührlich und unbemerkt einen eigenthümlichen Anstrich und Charakter erhalten wird; darüber mag und braucht der Verf. hier seine Meinung nicht zu sagen: ihm ist es genug wenn er seine Bitte um Nachsicht dadurch gerechtfertiget glauben kann.

Manche in dieser Abhandlung aufgestellte Behauptung bezieht sich unmittelbar auf die allgemeinen Ansichten des Verf., von dem Umfange und dem Geiste, in dem die neue Gesetzgebung recipirt ist: wenn er hier die abweichenden Meinungen Anderer immer nur kurz angeführet hat, so geschah diess bloß aus dem Grunde, weil es zu weit geführt haben würde, jene seine Ansichten zu rechtfertigen, und seine Gründe gegen die Ansichten seiner Gegner auseinanderzusetzen.

§. 2.

Das französische Recht enthält, wie es sich aus dieser Abhandlung ergeben wird, von den allgemeinen, der Lehre vom Besitze im Römischen Rechte zum Grunde liegenden Ansichten, sehr bedeutende Abweichungen, deren ausführliche Auseinandersetzung um so nothwendiger ist, als über das Detail nur sehr wenige, oder fast gar keine positive Bestimmungen vorhanden sind, und man also die Anwendbarkeit und Statthaftigkeit der bisherigen Grundsätze, welche nur Folgerungen aus jenen allgemeinen Ansichten waren, lediglich darnach beurtheilen muß, in wiefern diese letzteren in der neuen Gesetzgebung die nämlichen geblieben sind, oder Veränderungen erlitten haben.

Was vor allen Dingen den Begriff des Besizes anbetrifft, so ist dieser in einem eigenen Artikel angegeben, und stimmt völlig mit den, aus dem Römischen Rechte bekannten Merkmalen desselben überein ²⁾. Detention oder körperliche Innhabung der

2) Artikel 2228. la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons, ou que nous exercons par nous mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. — In dem den Appellations-Gerichtshöfen mitgetheilten *Projet de C. C. liv. III. tit. XX. Ch. II. art. 9.* hieß es: la possession est la détention d'une chose ou d'un droit, que nous tenons en notre puissance, ou

der Sache, verbunden mit dem Willen sie als Eigenthum zu behandeln (*animus domini*)³⁾, begründen

ou par nous mêmes, etc. *Analyse des Observations, et des tribunaux d'appel et du tribunal de Cassation sur le Projet de C. C. rapprochées du texte.*

(Paris, an XI. 1802. 4.) p. 902. das *Projet de C. C. von Cambacérès* (Paris an V. 8.) enthält keine Definition des Besitzes. — Auf die Distinction zwischen Besitz und Eigenthum beziehen sich unter andern Artik. 578, 1127, 1141, 2243 u. s. w.

- 3) Dieser Punct ist freylich in dem so eben angezogenen Artikel nicht ganz deutlich hervorgehoben, er folgt aber mittelbar aus dem Satze, daß derjenige, der für einen andern besitzt, wenn er gleich die Sache physisch detinirt, doch nicht für den Besitzer angesehen wird. Zachariä *l. c.* §. 68. *Th. I. p. 102. not. 1.* Auch findet man meistens in den Definitionen vom Besitze bey den französischen Juristen diesen Umstand auf diese Weise ausgedrückt, z. E. bey Pothier *traité de la possession Chap. I. Art. 1. nr. 1.* on peut la définir "la détention d'une chose corporelle que nous tenons en notre puissance, ou par nous mêmes, ou par quelqu'un qui la tient pour nous et en notre nom. *Traité des différentes matières du droit civil françois* (Paris et Orleans 1774. 4 voll. 4.) vol. IV. p. 524. und Derselbe in seinem *Commentaire sur la Coutume d'Orleans tit. XXII. nr. 1.* (Orleans 1760. voll. II. 8.) vol. II. p. 589. Domat, *les lois civiles dans leur ordre naturel* (Paris 1695. voll. III. 8.) Liv. III. tit. VII. Sect. 1. §. 1.

den (in specieller Hinsicht auf das Eigenthums-Recht) den juristischen Besitz ^{3a}), und es kommt also

§. 1. *vol. II. p. 477.* Vergl. auch Maleville *ad art. 2228. Th. IV. p. 429.* (er wird hier immer nach der teutschen Uebersetzung von Blanchard citirt). Dieser *animus domini* wird sonst im C. N. auch dadurch ausgedrückt, dafs es heifst, man müsse *à titre de propriétaire* besitzen; Artik. 2230. Deloincourt *Institutes de droit civil françois etc. (Paris 1808. voll. III. 8.) vol. II. p. 368, 369.* ces mots *à titre de propriétaire* signifient aussi l'intention d'être ou au moins de devenir propriétaire de la chose, car sans l'intention il n'y a pas de possession, *qui nescit non possidet.* Hutteau zu Pothier *traité de la possession not. 15. p. 26.* il faut la volonté de posséder, dit M. Pothier, et l'art. 2229. du C. C. porte: "pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et *à titre de propriétaire.*" Notre législateur donne donc pour base à la possession, l'intention de posséder *animo domini.* Idem zu Pothier *tr. de la prescription, not. 61. p. 147.* Von mehreren wird dieser Ausdruck auf einen wirklichen Eigenthumstitel bezogen, z. E. Zachariä *l. c. §. 81. Th. I. p. 129.* Bauer *l. c. §. 162. p. 206.* und §. 57. *p. 68.* und bey Pothier kommt er auch wirklich in dieser Bedeutung vor. *Commentaire sur la Cout. d'Orleans tit. XXII. Sect. I. §. I. nr. 3, 4. vol. II. p. 590.* la possession naturelle et celle de celui, qui possède sans aucun titre ou à autre titre que

also derselbe dem Räuber eben so gut zu, wie dem wahren Eigenthümer, oder demjenigen, der die Sache

que de propriétaire. Telle est la possession d'un voleur ou d'un usurpateur. — la possession de celui, qui possède une chose justement à la vérité, mais à un autre titre que de propriétaire, n'est aussi qu'une possession purement naturelle. Telle est la possession d'un sequestre lorsque les dues parties qui se contestoient non seulement la propriété mais même la possession d'une chose sont convenues de la sequestrer, non simplicis custodiae causa, mais avec intention de se depouiller de la possession par elles respectivement pretendues etc. Allein es ist schon an einem andern Orte gezeigt worden, daß diese Erklärung des Artik. 2230. nur zu Widersprüchen führen würde. S. *Meine Darstellung der Lehre von der Verjährung* §. 13. not. 78. p. 142 — 147. Es wird ja auch deutlich der *possessionneur à titre de propriétaire* überall dem *possessionneur au nom d'autrui* entgegengesetzt, und diesem letzteren kommt nach Artik. 2228. kein Besitz zu. Es ließe sich zwar gegen die an dem angeführten Orte auseinandergesetzten Gründe noch der Einwurf machen, daß wenn gleich der Besitzer keinen Titel aufweisen kann, doch eben die lange Dauer desselben die Vermuthung eines vorhandenen Titels begründet, und daß man daher auch von der 30 jährigen Verjährung recht gut sagen kann, es liege ihr eine *possession à titre de propriétaire* in der hier bestrittenen Bedeutung zum Grunde; allein dieser Ansicht zufolge ist der

titre

Sache wenigstens aus einem Eigenthumstitel erhalten hat. In Ansehung der formellen Bestimmungen, im Begriffe des Besitzes, giebt es nichts besonderes zu erinnern, da das französische Recht hier keinen besondern Sprachgebrauch hat. Die römischen Terminologien können hier freylich zu grossen Missverständnissen Veranlassung geben, weil, wie gezeigt werden wird, das Verhältniß zwischen der eigentlichen *possessio*, und der *possessio civilis* nach französischem Rechte gar nicht mehr Statt findet; indessen abgesehen hiervon dürfte es nicht unzweckmässig seyn, den Besitz, in sofern er auf der einen Seite alle die Eigenschaften hat, die eine Begründung der Verjährung und der

posses-

titre de propriétaire erst Wirkung eines lange dauernden Besitzes, und so lange wie also der Besitz noch nicht die bestimmte Zahl von Jahren gedauert hat, kann er auch nicht für eine *possession à titre de propriétaire* angesehen werden, wovon doch der Artik. 2230. das gerade Gegentheil enthalten würde, wenn man unter dem Ausdruck *à titre de propriétaire* etwas mehr, als den bloßen *animus domini*, verstehen wollte.

- 3 a) Nur in sofern erhält der Begriff des Besitzes im französischen Rechte etwas Eigenthümliches, als, wie unten gezeigt werden wird, diese Wirkung der Verbindung von physischer Innhabung und *animus domini* durch eine gewisse bestimmte Dauer dieser Verbindung bedingt ist.

possessorischen Klagen möglich machen *possession civile*, und in sofern er auf der andern Seite diese Merkmale nicht hat, also eine bloße Detention ist, *possession naturelle* zu nennen ⁴⁾. Aus diesem Begriff des

- 4) Mit diesen Ausdrücken findet man begreiflich auch bey den französischen Rechts-Gelehrten höchst verschiedenartige Bedeutungen verbunden. Pothier z. E. distinguirt eine *possession civile*, *naturelle* und eine bloße Detention; unter der ersteren versteht er einen jeden Besitz welcher auf einem gerechten Eigenthumstitel beruht, vermöge dessen man also entweder wirklicher Eigenthümer geworden ist, oder doch einen gerechten Grund hat zu glauben, daß man es sey; *possession naturelle* nennt er jeden Besitz, dem entweder gar kein Titel zum Grunde liegt, wie z. E. der Besitz eines Diebes, Usurpators u. s. w., oder zwar ein Titel, aber kein Eigenthumstitel, wobey er denn den Besitz des Pfand-Gläubigers, des *usu fructuarii*, und den Besitz eines Sequesters als Beyspiele aufführt; bey der *nuda detentio* endlich wird der Besitz des Pächters, Commodatars, Depositairs u. s. w. als Beispiel angeführt. *Tr. de la possess. Ch. I. Art. II. nr. 6 — 16. p. 526 — 529. Commentaire sur la Cout. d'Orl. tit. XXII. sect. I. §. I. nr. 3, 4. vol. III. p. 590, 591.* — Domat's Begriffe sind hier sehr verwirrt; er bezieht zwar die *possession civile* gleichfalls bloß auf den Eigenthümer oder denjenigen, welcher einen gerechten Grund hat sich dafür zu halten, und setzt ihr die *possession naturelle* oder *corporelle* entgegen,

des Besitzes folgt unmittelbar, daß gewisse Personen keinen Besitz haben, und gewisse Sachen in keinem

entgegen, welche denjenigen Personen zukomme, die die bloße Detention hatten; z. E. *usufruitiers, fermiers et autres*, *l. c. liv. III. tit. VII. introduct. vol. II. p. 473, 474.* aber er beschränkt den Begriff des Besitzes und die Anwendbarkeit der possessori-schen Klagen nur auf einen legalen Besitz, d. h. auf einen solchen, der wenigstens mit *bona fides* verbunden ist; daher heißt es gleich in seiner Definition: *on appelle proprement possession la détention d'une chose que celui qui en est le maître, ou qui a sujet de croire qu'il l'est, tient en sa puissance, ou en celle d'un autre par qui il possède; l. c. Sect. I. §. I. p. 477.* und von den Dieben und *malae fidei* Besitzern: *tout ce qui a été dit de la possession dans cette section et les précédentes, ne doit pas s'entendre de la possession des usurpateurs, et de possesseurs de mauvaise foi.* Car non seulement *ils ne sont considérés comme possesseurs, mais ils sont punis selon la qualité de leur entreprise. Sect. III. §. 7. p. 507.* — Andere haben den ganzen Unterschied bloß darin gesetzt, in wiefern der Besitz mit einem *animus domini* verbunden sey oder nicht, und haben ihn im ersteren Falle *possession civile*, im letzteren *possession naturelle* genannt. z. E. *Argou Institution au droit françois liv. II. Ch. IX. vol. I. p. 222, 223. Praticien françois liv. I. Ch. VII. Sect. III. §. III. vol. I. p. 180, 182.* und eben so die Verfasser der *Pandectes françoises* in dem Appendix
(Expli-

keinem Besitze seyn können. Es wird hinreichen, diese Fälle, in sofern sie sich aus dem Begriffe des Besitzes schon von selber ergeben, hier nur kurz zu berühren.

Das erstere ist der Fall bey allen denjenigen Personen, die kein Eigenthum haben können, also
im

(*Explication des termes et Collection des règles du droit, etc. Paris 1806. 8.*) sub voc. *possession*, p. 119. Eine andere Erklärung findet man wieder bey Maleville *l. c. ad artic. 2228. Th. IV. p. 429.* Hutteau in seiner neuesten Ausgabe zu Pothier's *tr. de la possession (Oeuvres de Pothier Paris 1807. 8.) not. 6. vol. IX. p. 14.* will aus dem Artik. 2262. eine Distinction zwischen einer *possession naturelle* und *civile* herleiten. Il résulte bien essentiellement de cet article, qu'il existe deux sortes de possession, celle que nous avons par nous mêmes, et celle que d'autres exercent en notre nom. J'appelle la première sorte de possession *naturelle*, et l'autre *civile*. Sans doutes elles sont différentes des possessions naturelles et civiles admises dans le droit romain, 'mais puisqu'elles dérivent du C. C., qu'elles existent dans notre nouvelle législation, il faut les désigner sous des dénominations qui leur conviennent, et je n'en vois pas de plus simples que celles dont je me suis servi. Le Code civil ayant défini la possession par l'art. 2228, et ayant établi la division de la possession par le même article, a fixé le temps nécessaire pour prescrire sans titre, cf. not. 3. p. 8.

im Privat-Recht als völlig rechtlos betrachtet werden müssen. Dergleichen Personen giebt es aber heut zu Tage nicht mehr; denn selbst die Bürgerlich-Todten und die Fremden sind vom Privat-Recht nur in sofern ausgeschlossen, als dasselbe auf bürgerlich positiven Grundsätzen und Einrichtungen beruht; da hingegen derjenige Theil des Privat-Rechtes, der nur auf naturrechtliche Grundsätze gebaut ist, ihnen allerdings zukommt, und man folglich von ihnen keineswegs sagen kann, daß sie des Eigenthums ganz unfähig seyen ⁵⁾.

Was

- 5) Die Fremden und bürgerlich Todten werden hier nur um deswillen zusammengestellt, weil von beyden behauptet wird, daß sie im Privat Recht nicht als völlig rechtlos betrachtet werden können; in Ansehung der Frage also, in wie weit die einen oder die andern die privatrechtlichen Bestimmungen für sich in Anspruch nehmen können, ist damit noch nichts entschieden. Wenn gleich die Fremden im Zweifel keines derjenigen Vorrechte, welche als bloßes Product des positiven Rechts betrachtet werden müssen, genießen können; so ist es doch unbegreiflich wie man diess auf alle, auch auf dem Natur-Recht beruhende Befugnisse, von denen der C. N. redet, hat ausdehnen können, wie diess z. E. in dem *C. N. dargestellt und commentirt von Lassaulx Bd. I. §. 35.* geschehen ist. Der bürgerliche Tod scheint freylich eigentlich sich gleichfalls nur auf die bürgerlichen Rechte zu beziehen, obwohl
man

Was sodann die Gegenstände anbelangt, die nicht im Besitze seyn können, so lassen sich diese in zwey Classen vertheilen:

1)

man es nicht läugnen kann, daß das im Artik. 25. aufgestellte Verzeichniß wirklich mehrere iura naturalia enthält (wie dieß auch Deloincourt zugesteht: la société regarde celui qui en est frappé de la mort civile comme n'étant plus en quelque sorte un être vivant; elle n'attend plus de lui aucun secours, et elle lui refuse non seulement tous les droits civils, mais encore plusieurs autres résultant du droit naturel etc. l.c. vol. I. p. 21, 22.); wie schwierig und zweifelhaft es übrigens auch, wenn man den angezogenen Artikel enuntiativ versteht, bey unserm variirenden Natur-Rechte seyn mag, zwischen den bürgerlichen und natürlichen Rechten immer die bestimmte Gränze zu treffen; so ist doch wohl so viel gewiß, daß man nicht die Absicht hatte dem bürgerlich Todten die Fähigkeit Eigenthum zu haben und zu erwerben, abzusprechen. Man S. die *Discussions ad art. 25. vol. I. p. 67.* Regnaud de St. Jean d'Angely observe que si la mort civile n'ôte pas au condamné le droit d'acquérir, il pourra se former un patrimoine nouveau, etc. — Tronchet dit, que la capacité d'acquérir dérivant du droit naturel, elle ne peut être refusée au mort civilement; etc. cf. p. 72. die Meinung des Justiz-Ministers. Treilhard *Exposé des motifs du tit. 1. du C. C. (Paris an. XII. 1804. Garnery. voll. VI.* Diese Ausgabe liegt bey allen
nachfol-

1) zu der ersteren gehören alle diejenigen, bey denen schon der Natur der Sache nach ein Besitz nicht möglich ist, und dieß sind denn überhaupt alle Sachen, die gar nicht Gegenstand des Eigenthums-Rechtes seyn können, folglich a) alle *res communes*, deren bloßer Begriff schon der Statthaftigkeit eines Besitzes widerstreitet, und dem zufolge jeder Besitz, sobald wie eine Sache in dieses Verhältniß kommt, verloren gehen muß⁶⁾; b) alle diejenigen *res publicae*, welche der Staat zu dem Ende für solche erklärt hat, um alle übrigen Menschen von dem Privat-Besitz derselben auszuschließen, und sie für den öffent-

nachfolgenden Citaten zum Grunde) *vol. I. p. 31.* Eben so ward auch im Römischen Rechte Besitz bey jedem anerkannt, der nur natürliches Eigenthum im Gegensatze des Eigenthumes im strengen Sinn des Römischen Rechtes haben konnte. Savigny über das Recht des Besitzes, §. 9. *p. 85.* Die Verfasser der *Pandectes françoises ad art. 25. nr. 94. tom. II. p. 164, 165.* wollen dem bürgerlich Todten nur eine *possession naturelle* zugestanden wissen, und was sie hierunter verstehen, erhellt aus der in der vorigen Note angezogenen Stelle. Uebrigens bedarf es hier wohl keiner besonderen Bemerkung, daß alle im Römischen Rechte in Beziehung auf die hier in Untersuchung stehende Frage vorkommende Verhältnisse uns völlig fremd sind. S. Savigny *l. c. p. 85 — 88.*

6) Artikel 714.

fentlichen Gebrauch zu bestimmen und zu erhalten ⁷⁾).

- 2) Die zweyte Classe begreift alle diejenigen Gegenstände, bey denen zwar ihrer Natur nach ein Besitz allerdings möglich ist, bey welchen aber das Gesetz aus besonderen positiven Gründen einen juristischen, d. h. mit besonderen rechtlichen Wirkungen versehenen Besitz nicht anerkennt. Hierher gehören alle bewegliche Sachen, bey denen das französische Recht um deswillen keine possessorische Klagen zuläßt, weil in Ansehung ihrer, Besitz und Eigenthums-Recht gar nicht von einander unterschieden werden sollen ⁸⁾. —

Eine

7) Artikel 538, 540.

8) Artikel 2279, die Bestimmung dieses Artikels, daß bey beweglichen Sachen Besitz und Eigenthum nicht distinguirt werden, sondern schon der bloße Besitz einen Eigenthumstitel begründen solle, ist bereits an einem anderen Orte gerechtfertigt worden. (*Meine Darstellung der Lehre von der Verjährung* §. 7. p. 24 — 59.). Wenn dieses hier vorausgesetzt werden darf, so wird es nicht weiter nöthig seyn, über die Richtigkeit der darausgezogenen Folgerung jetzt noch vieles hinzuzusetzen. Wenn auf der einen Seite der Besitzer gleich durch seinen Besitz sein Eigenthums-Recht beweisen kann; so besteht der Grund warum er hier im Besitz geschützt zu werden verlangt, immer in seinem Eigenthums-Rechte; denn indem er sich auf seinen

Besitz

Eine andere Frage, die nun hier in Untersuchung kommen sollte, in wiefern nemlich der Besitz aus-

Besitz beruft, beruft er sich zugleich auf sein Eigenthums-Recht, und der Besitz allein an und für sich kann hier nicht als Bedingung besonderer Rechte angesehen werden (wenn nicht etwa in sofern, als er die Stelle des Eigenthumstitels vertritt Bauer l. c. §. 57. p. 68.) Auf der andern Seite ist es eben so leicht begreiflich, daß auch wegen eines entzogenen Besitzes der Besitz keine Klage geben kann, weil der Besitz auf der Seite des Gegners sogleich das Eigenthums-Recht begründet, (wenn die gewaltsame Besitz-Entziehung nicht etwa zu gleicher Zeit einen Diebstahl involviret, in welchem Falle die Bestimmung des Artik. 2279. zur Anwendung kommen muß.). Auch Bigot Preameneu nimmt den angezogenen Artikel in seinem Exposé des motifs in diesem Sinne an, daß nämlich durch ihn mittelbar alles possessorische Verfahren bey beweglichen Sachen aufgehoben werde, wenigstens macht er auf die hierin liegende Abweichung von dem Römischen Rechte aufmerksam: *le droit romain accordoit, sous le nom de interdictum utrubi, une action possessoire à ceux qui étoient troublés dans la possession d'une chose mobilière: mais dans le droit françois on n'a point admis à l'égard des meubles une action possessoire distincte de celle sur la propriété. vol. VI. p. 315.* Die Schriftsteller über den C. de proc. civ. führen diesen Satz zwar nirgends ausdrücklich auf; allein sie scheinen ihn stillschwei-

ausschliessend, oder ein Besitz Mehrerer an derselben

schweigend als bekannt voranzusetzen, so z. E. ist im *Praticien françois* in allen Beyspielen immer nur von unbeweglichen Sachen die Rede, und Co-maille *traité nouveau de la procédure civile* (Paris 1807. voll. III. 8.) liv. I. tit. IV. art. I. nr. 50. vol. I. p. 54. scheint ihn dadurch ausdrücken zu wollen, daß er nur einer universitas von Mobilien gedenkt; quand quelqu'un est troublé en la possession d'un héritage, d'une rente, d'une servitude, ou d'une universalité de meubles etc. Hutteau zu Pothier *tr. de la poss. not.* 36. p. 63. bemerkt darüber folgendes: quant aux meubles, le propriétaire, pour les réclamer, a la voie de la revendication: et ils ne sont pas susceptibles de l'action possessoire, par cela seul qu'ils sont réputés appartenir, jusqu'à la preuve du contraire, à celui qui les a eus en sa possession d'après l'art. 2279. du C. C. Allein dieser Grund findet auch bey unbeweglichen Sachen Statt, wo der Besitzer auch so lange als Eigenthümer anzusehen ist, als nicht ein anderer seine Ansprüche gehörig darthut. S. auch die *not.* 30. p. 49. wo es heisst: quant aux menbles, nous en perdons la possession par cela même qu'ils cessent d'être en notre pouvoir. Nous n'en perdons cependant pas la propriété: mais alors nous avons trois ans pour les revendiquer et justifier de la propriété: car le possesseur est réputé propriétaire jusqu'à la preuve contraire. Zachariä *l. c.* § 69. Zus. nr. 1. Th. I. p. 103. Pfeiffer, *Napoleon's Gesetzgebung nach*

B

seinen

selben Sache zulässig sey, wird im französischen Rechte gar nicht berührt ^{8a}).

§. 3.

seinen Abweichungen von Deutschlands gemeinem Rechte, B. II. p. 701. not. f. Im alten französischen Recht war dieser Satz gewissermaßen *ius commune*; so heisst es in der *Ordonnance de Louis XIV. donné à St. Germain en Laye au mois d'Août. 1667. pour les matières civiles* (Paris 1670. 16.) tit. XVIII. art. 1. p. 97. si aucun est troublé en la possession et jouissance d'un héritage ou droit réel, ou universalité des meubles, qu'il possédoit publiquement sans violence etc. — Elle dérive par-là tacitement la complainte pour de simples meubles. Pothier l. c. Ch. VI. Sect. VI. §. II. nr. 93. p. 553. Auch in den meisten Coutumes findet sich dieser Satz, z. E. Coutume d'Auvergne Ch. II. art. 8. (des juges) rémede possessoire et sequestre n'ont lieu en choses mobilières — hinter Jo. Bessiani a Pressaco J. C. Annotatt. in Consuetud. Arvernor. (Traj. ad Rhen. 1661. 8.) p. 26. Coutume de Paris tit. IV. art. 97. hinter dem ersten Bande der Oeuvres de Mr. Louis Charondas le Caron (Paris. 1637. voll. II. fol.) p. 95. S. dazu Charond p. 97. und seine Pandectes françoises liv. IV. ch. 26. p. 590. Coutume d'Orleans tit. XXII. art. 489. vol. II. p. 617. Coutume de Lorris Montargis. Saint-Fargeau, Pays-de Puysage, Chastillon sur Loing, Sancerre, Gien, Nemours, Chatteau, London et autres lieux, regis et gouvernés par les dites Coutumes (Montargis 1772. voll. II. 8.)

Der Erwerb des Besitzes wird hier nur mit wenigen Worten berührt werden können. Da körperliche

II. 8.) Chap. XXI. art. 6. vol. II. p. 332. L'hoste bemerkt dabey: *ce que notre coutume et presque toutes les Coutumes de France ont réjetté*. Darum findet man diesen Satz auch bey Loisel in seinen *Institutes coutumières* (Paris. 1757. 8.) liv. V. tit. IV. art. 14. p. 311. de Ferriere, *nouvelle Institution coutumière* (Paris. 1702. voll. III. 8.) liv. IV. tit. V. art. 3. vol. III. p. 491, 492. Der Grund warum bey beweglichen Sachen keine besondere Instanz über das possessorium Statt finden sollte, war nicht der, daß man sie etwa des juristischen Besitzes ihrer Natur nach unfähig gehalten hätte, sondern weil bewegliche Sachen gewöhnlich von einem zu geringen und unbedeutenden Werthe sind, als daß es der Mühe verlohnte über den bloßen Besitz eine eigene Untersuchung einzuleiten; man ging daher sogleich in die Frage über das Eigenthum selber hinein. Daher findet man denn auch in mehreren Coutumes, daß sie jenes Satzes ungeachtet, doch eine Verjährung beweglicher Sachen zulassen. de Ferriere l. c. sagt: *la raison est, qu'il y a grande différence entre la possession d'un immeuble et celle d'un meuble: l'immeuble produit des fruits et le meuble n'en produit point, c'est pourquoi vilis est possessio mobilia* (fr. 47. D. 41. 2. de A. et A. P.) Eben so Pothier *tr. de la possession*, Ch. VI, sect. I. §. II, nr. 93. p. 554.

liche Detention und animus possidendi als Haupt-Merkmale desselben angegeben sind, so kommt es auch

dans notre droit françois, lorsque deux parties se disputent une chose mobilière, on entre d'abord dans la question de la propriété. cf. denselb. in seinen *Comment. sur la Cout. d'Orleans tit. XXII. art. 489. vol. II. p. 617.* Daher schrieb auch de Ferriere über den Artikel 97. der *Coutume de Paris* eine eigene *dissertation, si la complainte a lieu pour meubles précieux*, hinter dem zweyten Bande seiner *Nouvelle Institution coutumière p. 606, 607.* Dafs man von der Unstatthaftigkeit des possessorischen Verfahrens noch nicht gleich auf eine Unstatthaftigkeit des Besitzes überhaupt, und folglich auch der Verjährung schliessen könne, ergiebt sich gewissermaßen auch aus dem *Exposé des motifs* von Bigot Préameneu *l. c. p. 315.* — dans le droit françois on n'a point admis à l'égard des meubles une action possessoire distincte de celle sur la propriété; on y a même regardé le seul fait de la possession comme un titre. Umgekehrt aber läfst sich aus diesem letzteren Satze nicht nur auf die Unstatthaftigkeit eines possessorischen Verfahrens, sondern auch auf die Unmöglichkeit eines juristischen Besitzes überhaupt schliessen, und daher geben auch die Commentatoren über solche Coutumes in denen sich jener Satz vorfindet, ihn als den Grund der Unstatthaftigkeit der possessorischen Klagen bey Mobilien an, z. E. L'Hoste zu der angezogenen Stelle der *Cout. de Montargis etc. vol. II.*

auch vorzüglich darauf an, wann das eine oder das andere als gesetzlich vorhanden angenommen werden

II. p. 332. le droit romain avoit pour les meubles l'interdit utrubi, ce que notre Coutume et presque toutes les Coutumes de France ont réjetté, *parce-que la possession d'iceux emporte propriété et seigneurie.* — Das *projet de C. C. vom Messidor an IV.* présenté au Conseil des Cinq Cents par Cambacérès admittirte bey beweglichen Sachen gleichfalls keinen Besitz, indem es ebenfalls den Satz aufstellte: *en fait de meubles la possession vaut titre. liv. II. tit. 9. art. 688. p. 252.* la possession d'un meuble en fait présumer la propriété, hors à l'égard de celui qui l'a volé; und noch deutlicher sagt dies *liv. II. tit. V. §. 3. art. 534, 536. p. 219, 220.* la tradition des immeubles s'opère par l'acte qui en transfère la propriété. — *Lorsqu'il s'agit de marchandises ou d'effets mobiliers, la tradition s'opère par la délivrance réelle.* Die Tradition wird hier augenscheinlich als Erwerb-Art des Eigenthums-Rechtes genommen. Eben so das *projet de C. C. vom 22. fructid. an II. liv. II. tit. 5. art. 91, 92. p. 55.* la tradition s'opère par l'acte qui a pour objet de transférer la propriété. *Elle s'opère encore par la délivrance réelle, lorsqu'il s'agit de marchandises ou d'effets mobiliers.*

8a) Bekanntlich war die Sache unter den röm. Juristen streitig; Savigny *l. c. §. II. p. 107 — 133.* Es liegt auch gewissermaßen schon im Begriffe des Besitzes, daß eine solche *possessio plurium in solidum*

den kann. Wenn gleich der C. N. hierüber nur sehr wenige Bestimmungen erhält, so scheint doch die
ihnen

lidum nicht Statt haben kann. Denn der Besitz besteht, um hier nur bey dem Eigenthums-Rechte stehen zu bleiben, in der physischen Möglichkeit auf eine bestimmte körperliche Sache alle diejenigen Einwürkungen vorzunehmen, deren Innbegriff man das Eigenthums-Recht im objectiven Sinne nennen kann. Das Eigenthümliche des Eigenthums-Rechtes aber besteht gerade in der willkührlichen Einwürkung auf eine Sache, wodurch im Allgemeinen schon das Ausschliessen aller anderen Personen von dieser Sache angedeutet wird; denn durch die bloße Existenz der Rechte anderer Personen an der nehmlichen Sache wird die Willkühr in der Einwürkung, worin, wenn man die Sache im Allgemeinen betrachtet, das Eigenthümliche des Eigenthums-Rechtes besteht, aufgehoben, in sofern als man sich doch jetzt aller derjenigen Einwürkungen enthalten muß, wodurch man jene Rechte der Andern verletzen würde. So wie es nun ein Widerspruch seyn würde, über die nämliche Sache das Eigenthums-Recht dem A und doch auch dem B zuzuschreiben (man verwechsle damit nicht das Verhältniß mehrerer Mit-Eigenthümer zu einander); eben so unmöglich ist es auch, daß in Ansehung der nehmlichen Sache die physische Möglichkeit der willkührlichen Einwürkung dem A und auch dem B, einem jeden besonders, zustehen könne. Wenn daher von einem Mit-Besitze die Rede ist,

ihnen zum Grunde liegende allgemeine Ansicht von der im römischen Rechte aufgestellten ziemlich abzuweichen.

Was zuvörderst das Factum oder die Apprehension anbelangt, so sind die hierüber vorhandene wenige Bestimmungen in der Lehre von der körperlichen Uebergabe (*délivrance*) zu suchen ⁹⁾: um
aber

so kann derselbe stets nur in dem Sinne genommen werden, daß die Rechte der verschiedenen Mitbesitzer sich wechselseitig beschränken, folglich keiner in *solidum* besitzt, sondern jeder einen intellectuellen Theil an dem, der Gesamtheit der Mitbesitzer zustehenden Solidar-Besitze hat; oder man muß, um den nämlichen Besitz mehreren Personen zuschreiben zu können, zu Fiktionen seine Zuflucht nehmen, wobey aber begreiflich ausdrückliche positive Bestimmungen vorausgesetzt werden, die man im C. N. vergeblich sucht.

- 9) Artikel 1604. *la délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur — l'effet de la délivrance est de transporter la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur. Faure Rapport au tribunal sur le projet de loi relatif à la vente vol. V. p. 224.* In allen Fällen also, wo das Gesetz die Uebergabe für geschehen annimmt, muß auch von Seiten des Empfängers der Besitz für erworben angesehen werden. Denn mit dem Erwerbe des Eigenthums-Rechtes steht die *délivrance* überall in keiner Verbindung.

aber die ihnen zum Grunde liegende Ansicht desto deutlicher hervorzuheben, dürfen auch die beweglichen Sachen hier nicht übergangen werden, wiewohl sie dem so eben ausgeführten zufolge, in sofern sie sich auf diese beziehen, für die Lehre von dem Besitze von keinem Interesse seyn können.

Ihnen zufolge ist das Factum oder die Apprehension

- 1) bey unbeweglichen Sachen dann begründet, wenn entweder die das Eigenthums-Recht bewährenden Urkunden, oder, wenn von einem Gebäude die Rede ist, die Schlüssel dazu übergeben worden sind.
- 2) Bey beweglichen Sachen geschieht dieß entweder durch die körperliche Uebergabe, oder durch die Uebergabe der Schlüssel zu dem Gebäude, in welchem sie enthalten sind, oder endlich durch bloße wechselseitige Einwilligung in dem Falle, wenn die wirkliche körperliche Uebergabe nicht sogleich erfolgen kann ¹⁰⁾.

Hierüber

- 10) Artikel 1605, 1606. — Das den Appellationshöfen mitgetheilte *projet de C. C.* stimmt *liv. III. tit. IX. Ch. IV. Sect. I. art. 26.* in Ansehung der Uebergabe bey beweglichen Sachen ganz mit dem C. N. überein: aber in Ansehung der Uebergabe bey beweglichen Sachen heißt es nur: *la tradition des immeubles s'opère par l'acte seule qui en transfère la propriété, art. 25.* Daß hier unter Tradition bloß die

Hierüber mögen nun folgende Bemerkungen erlaubt seyn:

- 1) ist es klar, daß hier nur von der Uebertragung eines fremden Besitzes durch Tradition die Rede ist; die übrigen Formen, wie der Besitz unabhängig von jenem Verhältnisse erworben werden kann, berührt der C. N. gar nicht.
- 2) ist es nicht zu verkennen, daß sich die Gesetzgeber die Beschaffenheit der körperlichen Handlung ganz anders vorgestellt und gedacht haben, wie die römischen Rechts-Gelehrten. Die ersten denken sich nämlich unter jenem Factum eine unmittelbare Berührung des eignen Körpers, und betrachten alle übrige Fälle, in denen der Besitz zwar auch durch körperliche Handlung, aber ohne solche unmittelbare Berührung erworben wird, als symbolische Formen, wodurch vermit-

die Besitz - Uebertragung verstanden werde, bedarf wohl kaum einer Erinnerung, da die Rubrik der *Section de la délivrance* lautet, und der Satz, daß der Uebergang des Eigenthums von der Tradition unabhängig sey, schon früher, *Chap. I. art. 2.* aufgestellt worden ist. *Analyse des Observations etc. p. 802, 803.* — le Code civil semble avoir oublié la tradition des immeubles qui s'opère par le seul consentement. Hutteau zu Pothier *tr. de la poss. not. 26. p. 42.* Die *projets de C. C. vom 22. fruct. an II. und vom Messidor an IV.* enthalten über die *délivrance* keine Bestimmungen.

vermittelst einer juristischen Fiction die wahre Besitzergreifung repräsentirt werde (s. g. *actus adscutitii, ficta apprehensio*)^{10a)}. Wenn gleich diese Ansicht ursprünglich vielleicht auf einer unrichtigen Erklärung des römischen Rechtes beruhen mag, so ist es doch jetzt, nachdem sie einmal gesetzlich geworden, nicht erlaubt, sie nach jenem zu modificiren, vielmehr muß man bey dieser Ansicht und den daraus unmittelbar folgenden Grundsätzen streng und consequent stehen bleiben. Und diese letzteren dürften vielleicht folgende seyn:

1) man darf sich die körperliche Handlung die zum Erwerbe des Besitzes erfordert wird (*factum*), bloß als eine unmittelbare Berührung des eigenen Körpers denken, und kann diesem gemäß nur zwey Arten dieses *Facti* annehmen, nämlich Ergreifen mit der Hand bey

10a) Le Code civil admet l'apprehension fictive, ainsi que la tradition fictive; ainsi la remise des clefs, des titres de propriété, le consentement même du vendeur, dans le cas où l'objet vendu ne peut se transporter, sont autant de traditions feintes, qui équivalent à la tradition réelle. art. 1604, 1605, 1606. Hutteau zu Pothier *tr. de la possess. not. 18. p. 29.*

bey beweglichen Sachen, und Betreten mit den Füßen bey Grundstücken ^{1 1}).

2)

11) Es liesse sich freylich die Frage aufwerfen, ob eines Theils die einzelnen, oben nahmhaft gemachten Fälle, wirklich von dem Gesetzgeber als *factae apprehensiones* angesehen, und nicht vielmehr als einzelne, unter dem Begriff der natürlichen Apprehension enthaltene Arten aufgeführt seyen; und andern Theils ob, wenn auch dieses der Fall wäre, daraus gleich der Schluss gemacht werden dürfe, daß man den Begriff der natürlichen Apprehension nur auf die unmittelbare Berührung des eigenen Körpers eingeschränkt habe. Allein 1) müssen die aufgeführten einzelnen Fälle, schon um deswillen, als *factae apprehensiones* angesehen worden seyn, weil sie von der *délivrance réelle* ausdrücklich distinguirt werden, zu welcher sie doch im entgegengesetzten Falle, wenn gleich nur als einzelne Arten derselben, würden gerechnet werden müssen; sodann sind 2) diese Fälle, so, wie sie der C. N. zur Bewirkung einer *délivrance* für hinreichend annimmt, auch nicht nach den Grundsätzen des Römischen Rechtes unter dem Begriffe der natürlichen Apprehension enthalten, denn a) weiß das Römische Recht nichts vom Erwerb des Besitzes an Gebäuden, durch die Uebergabe der Schlüssel zu denselben. Daß das französische Recht diese Schlüssel als symbolisch ansieht, erhellt daraus, daß man es bey den Schlüsseln nicht hat bewenden lassen, sondern der Uebergabe der das Eigenthum bewährenden

den

2) Da die sämtlichen angeführten Fälle, mit Ausnahme der körperlichen Uebergabe bey beweg-

den Urkunden die nämliche Wirkung beygelegt hat. Ferner nimmt auch b) das Römische Recht bey den beweglichen Sachen keinen Erwerb des Besitzes durch die bloße Uebertragung der Schlüssel zu den Gebäuden, in denen sie enthalten sind, an, sondern bedingt denselben dadurch, daß die Uebergabe der Schlüssel in Gegenwart der Sache vor sich gehen soll. Fr. 74. D. XVIII. 1. de contrah. emt. Endlich ist c) der Satz, daß der bloße animus zum Erwerb des Besitzes, auch in dem Falle hinreichen solle, wenn die körperliche Uebergabe nicht sogleich geschehen könne, dem Römischen Rechte völlig unbekannt. Pfeiffer *l. c.* Bd. II. p. 303. Man findet zwar auch im Römischen Rechte Fälle, wo der bloße animus zum Erwerb des Besitzes hinreicht, allein diese setzen alle voraus, daß das physische Verhältniß schon früher existirt habe, ehe der Besitz erworben werden soll, wie dieß z. E. bey der s. g. traditio brevi manu, und bey der bedingten Uebergabe der Fall ist; das französ. Recht aber läßt einen Erwerb durch bloßen animum in jedem Falle zu, *ou le transport ne peut pas se faire au moment de la vente*; von einem bereits früher existirenden Verhältnisse ist also hier überall nicht die Rede; der consensus soll vielmehr allein den Uebergang des Besitzes bewirken. Endlich findet man 3) diese Ansicht bey den älteren französischen Rechts - Gelehrten ganz allgemein; z. E.

beweglichen Sachen, den Erwerb des Besitzes bloß durch eine juristische Fiction begründen, so scheint es sehr consequent, sie auf mancherley Weise zu beschränken, und diese Beschränkungen sind gewissermaßen im Gesetze selbst schon stillschweigend enthalten. Denn

a)

z. E. Pothier *traité du contrat de vente* P. V. Ch. I. Art. I. nr. 313. vol. I. p. 584. la tradition est réelle ou feinte: la tradition réelle se fait lorsque l'acheteur s'est mis en possession de la chose vendue — la tradition feinte est celle par laquelle l'acheteur est feint d'être mis en possession de la chose vendue, quoique la chose reste par-devers le vendeur. Zu der letzteren rechnet er nicht nur alle Arten der traditio symbolica, sondern auch das constitutum possessorium, die traditio breui manu, longa manu etc. Vergl. seinen *tr. de la possession* Ch. IV. Sect. I. §. II. p. 537. *tr. du droit de propriété* P. I. Ch. II. Sect. IV. Art. I. p. 417 — 424. Domat *l. c.* liv. III. tit. VII. Sect. II. nr. 18 — 22. vol. II. p. 497 — 500. de Ferrière *Nouvelle Institution coutumière* liv. III. tit. V. art. 35, 36, 37. vol. II. p. 311 — 313. Argou *l. c.* liv. II. Ch. IX. vol. I. p. 226, 227. Ch. XI. p. 272. — Nach mehreren Coutumes ward auch durch die bloße Erklärung vor dem Notarius *qu'on se desaisit de la chose donnée, et qu'on en saisit l'acquéreur* der Besitz transferirt, z. E. *Coutumes d'Orleans* tit. XV. art. 278. vol. II. p. 485.

a) hat das Gesetz gewisse bestimmte Fälle namhaft gemacht, bey denen man also stehen bleiben muß, und nicht in andern Fällen, die weder zu den aufgezählten gehören ¹²⁾, noch auch eine unmittelbare Berührung des eignen Körpers enthalten, einen Erwerb des Besitzes annehmen darf.

b)

12) oder sonst eine bestimmte gesetzliche Disposition für sich haben, wie dies z. E. bey der Regel *le mort saisit le vif* der Fall ist. Artikel 724. — Was nun dem oben aufgestellten Grundsatz zufolge, bey dem Erwerbe des Besitzes wegfallen, wird sich ein jeder bey einer Vergleichung mit den Bestimmungen des Römischen Rechtes, leicht selber sagen können. Aber freylich ist der Erwerb des Besitzes *per nudam voluntatem* eine so viel umfassende Rubrik, daß beynahe alle die Erwerb-Arten, die nach dem Grundsatz der unmittelbaren Berührung des eignen Körpers hier wegfallen müßten, unter dieser Rubrik wiederum zum Vorschein kommen; wenigstens stellt sie Pothier in diese Kategorie, *tr. de la vente, P. V. Ch. I. Art. I. nr. 314. vol. I. p. 385. toutes les espèces de traditions feintes dont il a été parlé jusqu'à présent, se font nuda voluntate*, par le seul consentement des parties. Indessen findet diese Uebergabe *per nudam voluntatem*, der ausdrücklichen Bestimmung des Artikel 1606 zufolge, nur bey beweglichen Sachen Statt.

b) Beschränkt das Gesetz nicht nur den Erwerb dieser Art bloß auf die Uebertragung eines fremden Besitzes durch Tradition, sondern betrachtet ihn sogar auch nur als Folge des Eigenthumes, so daß also dieses immer zugleich erworben seyn muß, wenn der Besitz auf diese Weise erworben werden soll ^{12a)}).

Außer dem bereits angeführten und dem französischen Recht eigenthümlichen Falle, wo der Besitz durch bloßen animus soll erworben werden können, berührt dasselbe auch denjenigen, der auch im römischen Rechte vorkommt, wenn nämlich das physische Verhältniß schon vorher existirte, ehe von einer Uebertragung des Besitzes die Rede war; in diesem Falle ist es hinreichend, wenn nur in dem Augenblicke des Erwerbs der animus hinzukommt: außer dieser Bestimmung des Willens aber braucht durchaus nichts neues zu geschehen ¹³⁾.

§. 4.

12 a) Le Code civil ne prescrit de règles sur la tradition qu'il appelle *délivrance*, que relativement à la vente. Hutteau zu Pothier *tr. du droit du domaine de propriété*, not. 41. p. 125.

13) Art. 1606. und nach Art. 1919. geschieht hier eine *traditio ficta*. Favard *discours sur le projet de loi relatif au dépôt et au sequestre*, vol. VI. p. 37. — Der Artikel 1606. redet freylich nur von beweglichen

§. 4.

Außer der körperlichen Handlung wodurch der Besitz erworben wird, muß noch ein bestimmtes

Wollen

chen Sachen, und würde in sofern für die Lehre von dem Besitze, von keinem Interesse seyn; allein es ist überall kein Grund abzusehen, warum nicht bey unbeweglichen Sachen das nämliche Statt finden sollte. Es wäre sonst gerade eben so, wie wenn man daraus, daß das Gesetz nur bey beweglichen Sachen von einer *délivrance réelle* spricht, schliessen wollte, daß eine Besitz-Ergreifung der Immobilien, durch unmittelbares Betreten mit den Füßen, nicht Statt finde. — Auch hat man kein Bedenken getragen, dieß in den öffentlichen Verhandlungen gerade zu sagen; *le seul consentement suffit aussi pour la délivrance des immeubles comme pour celle des meubles, si l'acheteur en étoit déjà en possession. Faure Rapport au tribunal relatif au projet de loi relatif à la vente. vol. V. p. 232.* — Zum Theil gehört auch der Artikel 2238. hierher. La règle, suivant laquelle on est toujours présumé posséder au même titre, doit être mise au nombre des principales garanties du droit de propriété. Cette présomption ne doit céder qu'à des preuves positives. Tel seroit le cas où le titre de la possession de celui qui tient pour autrui se trouveroit interverti. Ce titre peut être interverti par une cause provenant d'une tierce personne; il peut l'être par le possesseur à titre de propriétaire, s'il transmet cette espèce de possession à la personne qui ne tenoit que précairement. Bigot Préameneu *Exposé des motifs etc. vol. VI. p. 300.*

Wollen hinzukommen, wenn wirklich ein juristischer Besitz begründet werden soll. Hier kommen nun drey Punkte in Untersuchung:

- 1) welche Personen können keinen Besitz erwerben, weil sie nicht wollen können? Hierüber enthält der C. N. keine besondere Dispositionen; die Bestimmungen des römischen Rechtes scheinen auch in der Natur der Sache begründet ¹⁴⁾.
- 2) an welchen Sachen kann kein Besitz erworben werden, weil kein animus possidendi möglich ist?

14) Savigny *l. c.* §. 21. p. 190 — 204. S. Hutteau zu Pothier *tr. de la poss. not.* 19, 20. p. 30, 31, 32. In Ansehung des Minderjährigen macht er folgende Bemerkung; le mineur ne peut contracter par lui même (art. 1124.); ou ne peut acquérir la possession qu'à titre de propriétaire (art. 2225.). Il résulte de ces dispositions la question de savoir, si le mineur peut posséder et prescrire en sa faveur. Cette question ne devient douteuse que par les termes mêmes employés par le Code civil: au reste, elle est décidée par l'ancienne jurisprudence, et semble l'être encore par le C. C. art. 2222. qui porte que celui qui ne peut aliéner, ne peut renoncer à la prescription acquise. Cet article, qui est prohibitif, qui est par exception, doit être restreint à sa seule disposition. Ainsi le mineur, l'incapable, ne peuvent pas renoncer à la prescription acquise, mais ils peuvent prescrire. D'ailleurs le mineur, qui peut acquérir par son tuteur peut aussi acquérir à titre de prescription par le tuteur qui le représente.

ist? auch hierüber finden sich im C. N. keine besondere Bestimmungen, worüber man sich um deswillen nicht wundern darf, weil auch die älteren französischen Rechts-Gelehrten die Lehre vom Besitze nie in diesem Detail abgehandelt haben ¹⁵⁾. Dagegen verdient die dritte Frage

- 3) in welchen Fällen ist ein abgeleiteter Besitz möglich, d. h. in welchen Fällen ist es möglich ohne *animus domini* Besitz zu erwerben? eine desto genauere Untersuchung. Dieser abgeleitete Besitz besteht darin, daß man die Rechte des Besitzes unabhängig vom Eigenthum (oder jedem anderen dinglichen Rechte, von dessen Besitze gerade die Rede ist) auf einen anderen transferriren kann. Wenn gleich nämlich der Besitz an und für sich, seinem ursprünglichen Begriffe nach, ein bloßes Factum ist, und in sofern eine eigentliche Alienation desselben nicht möglich ist, d. h. kein Besitzer als Successor des vorigen Besitzers betrachtet werden kann, sondern vielmehr einen ganz neuen, von dem vorigen unabhängigen Besitz erwirbt; so haben doch die Gesetze rechtliche Wirkungen damit verbunden, und rechtliche Folgen davon abhängig gemacht. In sofern ist der Besitz einer Veräußerung fähig, und in so fern ist es möglich, daß die Rechte des Besitzes daseyn können, wo der eigentliche materielle

15) Savigny *l. c.* §. 22. p. 204 — 215.

rielle Begriff des Besitzes nicht anwendbar ist. Dieß ist nämlich immer alsdann der Fall, wenn ein Anderer den Besitz wirklich gehabt, und nun die Rechte des Besitzers auf diejenigen übertragen hat, welcher jetzt als Besitzer gelten soll. Das erstere ist der ursprüngliche Besitz, welcher auf Detention und animus domini beruht; das letztere der abgeleitete, wo ein Theil dieser Bestimmungen fehlen darf, weil er sich auf einen andern ursprünglichen Besitz gründet; was hier fehlen darf, ist nicht das physische (die Detention) sondern das, wodurch der natürliche Begriff des Besitzes juristisch beschränkt worden ist, der animus domini; dieser ist bey dem Inhaber der Sache unmöglich, weil er ja selber das Eigenthum (oder andere dingliche Rechte) des Transferenten anerkennt. Der Wille, welcher hier vorausgesetzt wird, muß ein animus possidendi, d. h. bloß darauf gerichtet seyn, das ius possessionis erwerben zu wollen. Es kommt jetzt darauf an, die Fälle zu bestimmen, in denen die Gesetze einen solchen abgeleiteten Besitz, d. h. dessen ursprüngliche Erwerbung sich in einer andern Person ereignet hat, anerkennen. Zu dem Ende sind die sämtlichen juristischen Geschäfte, in welchen Detention ohne Eigenthum übertragen wird, durchzugehen, und es ist bey jedem derselben zu bestimmen, ob das ius pos-

sessionis zugleich mit der Detention übertragen werde, oder nicht. Der grösseren Bequemlichkeit und leichteren Uebersicht wegen, sollen die drey Möglichkeiten, welche das römische Recht distinguirt, daß nämlich der juristische Besitz entweder mit der Detention nie, oder immer, oder nur zuweilen transferirt wird, hier zum Grunde gelegt werden.

I. Fälle, in denen mit der Detention nie zugleich der juristische Besitz übertragen wird.

Hierher gehören:

1) der Fall, wenn der Besitz gerade zu dem Ende übertragen wird, daß der Andere unsern Besitz verwalte (*procurator alienae possessionis*): hier geht der Zweck des ganzen Geschäftes dahin, daß der andere in unserem Namen besitze, also keineswegs eigenen Besitz haben solle. Es liegt dieß so in der Natur der Sache, daß es nicht einmal einer gesetzlichen Vorschrift bedarf, um zu wissen, ob hier ein abgeleiteter Besitz angenommen werden dürfe, oder nicht ¹⁶⁾.

2) Das

16) Daß in allen Fällen, wo jemand den Besitz für einen andern ausübt, er bloß demjenigen zustehe, für den er ausgeübt wird, ergiebt schon der Begriff des

2) Das Commodatum; wer einem anderen seine Sache unter dieser Form zum Gebrauch überläßt, verliert seinen Besitz eben so wenig, als ihn der Empfänger erwirbt ¹⁷⁾).

3) Die-

des Besitzes, und die Artikel 2228, 2236. — *Cette possession par soi même ou par autrui est un fait qui ne peut pas d'abord établir un droit, mais qui indique la qualité de propriétaire. Cette indication seroit illusoire, si celui qui a la possession pouvoit être évincé autrement que par la preuve qu'il possède au nom d'autrui, ou qu'un autre a la propriété. Bigot Préameneu l. c. vol. VI. p. 300.*

17) In der Definition heißt es zwar: généralement parlant prêter une chose, c'est se priver momentanément de la possession de cette chose pour en transmettre l'usage à autrui. Albisson discours au Corps législatif sur le projet de loi relatif au prêt. vol. VI. p. 17. Allein es versteht sich von selber, daß hier unter possession nur die physische Détention angedeutet wird. Daher zählt auch Bigot Préameneu den Commodatar zu denjenigen, die alieno nomine besitzen: ainsi le fermier, l'emprunteur le dépositaire seront toujours censés posséder au même titre. Nicht desto weniger giebt ihm der Praticien françois die possessorischen Klagen: mais s'il s'agissoit d'un commodataire ou d'un emprunteur, alors on doit pour tout ce qui intéresse leur jouissance, leur accorder l'action possessoire s'ils sont troublés dans leur possession. liv. I. Ch. VII. Sect. III.

3) Diejenige Detention, welche sich auf ein ius in re gründet. Dahin gehört:

a) die Detention des Fructuars; der Eigenthümer behält dabey nach wie vor den Besitz seines Eigenthums-Rechtes, und der Fructuar erscheint als blofser Detentor oder Inhaber der Sache ¹⁸⁾. Ob aber der Fructuar

III. §. III. vol. I. p. 183. allein über die ganz eigenen Ideen der Verfasser über possessorische Klagen, wird unten noch das Nähere gesagt werden.

18) So zählt der Artikel 2236. den Fructuarins mit zu denjenigen Personen die *nomine alieno* besitzen, und schreibt ihm eine *possessio precaria* zu. Goupil Prefeln *discours au Corps législatif sur le projet de loi relatif à la prescription vol. VI. p. 319.* Der Artikel 614. macht es ihm zur Pflicht, alle factischen, die Ausübung des Eigenthums betreffende Störungen, dem Eigenthümer anzuzeigen. *Si pendant la durée de l'usufruit un tiers commet quelque usurpation sur le fonds, ou attente autrement aux droits du propriétaire, l'usufruitier est tenu de la dénoncer à celui-ci; faute de ce, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le seroit des dégradations commises par lui même — Ses obligations étant non seulement de s'abstenir de tout ce qui pourroit tendre pour son fait à détériorer le fonds, mais encore de veiller avec soin à sa conservation, il*

ctuar in Beziehung auf den vsus
fructus selber als wirklicher Be-
sitzer

il faut en conclure que si un tiers commet une
usurpation, ou attente de quelque manière que ce
soit aux droits du propriétaire, il doit le dénoncer
à celui-ci, et que, s'il ne le fait pas, il répond de
tout le dommage comme s'il l'eût causé lui même.
*Perreau Rapport au tribunat sur le projet de loi
rélatif à l'usufruit etc. p. 93. — Il est obligé de
dénoncer au propriétaire toutes les usurpations com-
mises sur le fonds, ou toutes les entreprises sur la
propriété; sur quoi l'équité veut, qu'il en soit ré-
sponsable. Garry discours au Corps législatif sur
le projet de loi rélatif à l'usufruit etc. vol. II.
p. 104. — Vergl. das Projet de C. C. liv. II. tit. III.
Ch. I. Sect. II. art. 38. Analyse des Observations etc.
p. 384. — Dieses einfache Verhältniß des Besitzes
zu dem vsusfructus ist auch schon von den älteren
französischen Rechts-Gelehrten sehr richtig hervor-
gehoben; z. E. Pothier tr. de la possession Ch. VI.
Sect. I. §. III. nr. 100. vol. IV. p. 555. l'usufruitier
d'un héritage peut bien former la complainte pour
son droit d'usufruit, dont il a une quasi possession
lorsqu'il y est troublé; mais il ne peut pas former
complainte pour l'héritage même; car ce n'est pas
lui, c'est le propriétaire qui en est le possesseur et
qui seul peut former la complainte; und Ebender-
selbe sur la Coutume d'Orleans tit. XXII. Sect.
III. nr. 49. vol. III. p. 613. Der Praticien françois
unterscheidet zwar gleichfalls den Besitz, in Bezie-
hung*

sitzer zu betrachten sey, und in sofern die zum Schutze des Besitzes überhaupt, ohne Rücksicht auf die Rechte, auf welche er sich bezieht, eingeführten Klagen habe, ist eine andere Frage, die erst unten wird beantwortet werden können.

b) Was von dem Verhältnisse des Fructuars zu dem Eigenthümer in Beziehung auf den Besitz gesagt worden ist, das muß noch um so viel mehr bey dem usus und den übrigen dinglichen Rechten, mit denen Detention verbunden ist, behauptet werden,

hung auf das Eigenthum, und in Beziehung auf den Uausfructus; allein er verdirbt alles wieder durch die Vergleichung mit dem Pächter. *l. c. p. 681.* Cet article (614.) décide bien le cas où le trouble vient *par suite d'une contestation sur la propriété*, et en chargeant l'usufruitier seulement alors de dénoncer au propriétaire, il ne l'oblige pas d'agir de même lorsque *le trouble n'est apporté qu'à sa jouissance*, la disposition ci-dessus relative au fermier s'applique à bien plus forte raison à l'usufruitier, pour lui laisser, dans le même cas, l'action possessoire. Comment en seroit il autrement, Le droit de jouir appartenant incontestablement à l'usufruitier comme au fermier, il est assez naturel que l'un et l'autre soient fondés à agir contre celui qui vient les troubler dans cette jouissance.

werden, da in allen diesen Fällen noch weniger Recht von dem Eigenthume abgesondert wird, als bey dem ususfructus.

4) Derjenige, welcher eine Sache aus einem Pachte inne hat. Viele sind zwar der Meinung, daß hier das französische Recht von dem römischen abweiche, und eigenthümliche Bestimmungen enthalte ¹⁹⁾. Allein die hier in Frage kommenden

19) z. E. der *Praticien françois l. c. p. 180, 181.* der die Sache gar keinem Zweifel unterworfen glaubt. Es ist nöthig die ganze Stelle hier her zu setzen, um das Unbedachte des ganzen Raisonnements desto deutlicher zu zeigen. Er nimmt nämlich an, daß zur Begründung und Anstellung der possessorisken Klagen, schon die bloße Detention, oder, wie er sie nennt, la simple possession naturelle ou de fait, sine animo domini hinreiche, und daß man also bloß jedes Mal zu untersuchen habe, ein Mal, ob die Detention bereits wirklich ein Jahr gedauert habe; und zweytens, ob sie nicht etwa auf einem titre précaire beruhe. On a toujours entendu par possesseur à titre précaire celui qui n'avoit qu'une possession naturelle, ou qui n'étoit détenteur que pour quelque tems; quelques uns même y ajoutèrent aussi celui qui n'avoit qu'une possession naturelle ou de fait, sine animo domini. Avec ces idées sur le mot précaire, il falloit encore déter-

menden Artikel ²⁰⁾ können wohl schwerlich in diesem Sinne verstanden werden, und scheinen nichts anders zu enthalten, als was schon das römische ²¹⁾ und ältere französische Recht sagt,

déterminer si le fermier, l'usufruitier, l'engagiste, le séquestre, le commodataire, le dépositaire, le mandataire étoient de véritables possesseurs à titre précaire, et si comme tels, ils n'avoient pas le droit d'intenter les actions possessoires. Ecartons sur le champ les doutes que l'on a élevés sur ce point, et sans égard aux longues discussions de nos anciens auteurs, rattachons nous à notre législation actuelle. L'article 1725. décide nettement la question à l'égard du fermier et du locataire: "le bailleur, dit il, n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée; sauf au préneur à les poursuivre en son nom personnel." Il n'y a d'exception que lorsque le trouble vient par suite d'une usurpation sur le droit de propriété: alors le préneur n'a plus qualité pour agir seul. Ainsi nul doute que, d'après cet article, le fermier troublé seulement dans sa jouissance, n'ait l'action possessoire. Ici on s'est écarté de l'ancienne jurisprudence qui ne la lui accordoit dans aucun cas.

20) Artikel 1725, 1726, 1727.

21) §. 15. Inst. IV. 1. de obl. quae ex del. nasc. fr. 25. §. 2. fr. 55. 60. §. 2, 5. Dig. XIX. 2. locati conducti, c. 1, 4, 12. C. IV. 65. de locato conducto.

sagt, daß nämlich der Pächter den Schaden, welchen er, so zu sagen, propter locationem leidet, selber tragen muß. Nur darin weicht hier das französische Recht von dem römischen ab, daß nach dem letzteren der Verpächter den Pächter, in so weit es durch die Klagen-Cession möglich war, schadlos halten mußte, welches nun nach dem ersten nicht mehr Statt findet, da der Pächter proprio nomine soll klagen können. Die Gründe, warum diese Artikel nur diesen Sinn haben, und nicht von possessorischen Klagen verstanden werden können, sind leicht aufzufinden, und, wie ich glaube, überzeugend; denn 1) ergiebt sich dieser Sinn aus den über diese Artikel vorhandenen geheimen Verhandlungen des Staats-Rathes ²²⁾; sodann

22) Der Entwurf des Artikels der Gesetzgebungs-Section enthielt nämlich noch den Zusatz: „et à demander „même, s'il y a lieu, une diminution de prix suivant ce qui est dit à l'art. 1726.“ Diefes fand man widersprechend. M. Lacuée dit qu'il est contradictoire de décharger le bailleur de toute garantie du trouble apporté par des voies de fait à la jouissance du preneur, et d'autoriser cependant celui-ci à réclamer une diminution de prix. — M. Regnaud de

sodann ist es 2) entschieden, dafs das alte Recht dem Pächter weder Besitz noch possessorische Klagen zuerkannte ²³), so dafs folglich, wenn der C. N.

de St. Jean d'Angely dit que le renvoi à l'article LXX. 1726 contredit également le principe de l'article: car le bailleur deviendrait responsable des vols et des coupes faites furtivement par des tiers sur les terres données à ferme. Discussions du C. C. vol. II. p. 542.

- 23) Hierüber enthält die Ordonnance de 1667 pour les matières civiles eine bestimmte Verordnung tit. XVIII. art. 1. p. 97, 98. Si aucun est troublé en la possession ou jouissance d'un héritage, ou droit réel, ou universalité des meubles, qu'il possédoit publiquement sans violence à autre titre que de fermier ou possesseur précaire, il peut etc. Vergl. *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance Civile du mois d'Avril 1667.* (par M. . . Conseiller au Présidial d'Orleans. Paris. 1757. 8.) p. 257. — Pothier *tr. du Contrat de louage* etc. P. II. Ch. I. Sect. II. §. II. nr. 81. vol. II. p. 224. il y a différentes espèces de troubles qui peuvent être apportés de la part des tiers à la jouissance du conducteur. Il y en a qui ne consistent que dans des voies de fait, sans que ceux qui ont apporté le trouble prétendent avoir aucun droit dans l'héritage, ou par rapport à l'héritage. Par exemple si des laboureurs voisins font paître leurs troupeaux dans les prairies d'une métairie que je tiens à ferme, et ce par voie de fait sans

C. N. hierüber neue Grundsätze aufstellte, dieses ohne Zweifel besonders würde

sans prétendre en avoir le droit; si des voleurs au clair de lune, vendangent mès vignes; si des gens jettent du coelevant dans les étangs et en font mourir les poissons etc. le locateur n'est pas garant de cette espèce de trouble: le fermier n'a d'action que contre ceux qui l'ont causé, *actionem iniuriarum* etc. — *nr. 91. p. 228.* au contraire un conducteur par la tradition, qui lui est faite de la chose, [qui lui a été louée n'en acquiert pas proprement la possession, mais seulement la simple faculté d'en jouir ou user; c'est le locateur de qui il la tient à loyer ou à ferme qui possède: le fermier ou locataire est un simple detenteur de la chose pour celui de qui il la tient à loyer ou à ferme, plutôt qu'il n'en est le possesseur. Vergl. Pothier *tr. de la possession Ch. VI. Sect. I. §. III. nr. 100. vol. IV. p. 555.* de Ferriere *Nouvelle Institution coutumière liv. IV. tit. 5. art. II. vol. III. p. 489, 490;* und Desselben *Nouvelle introduction à la pratique etc. (Paris. 1724. voll. II. 8.) voc. Complainte. vol. I. p. 345.* — Das *projet de C. C. vom Messidor an IV. liv. III. tit. VIII. §. IV. art. 883. p. 297.* verordnete nur: il (le bailleur) doit faire cesser le trouble qui dérive des droits que des tiers veulent exercer sur la chose louée, ou des exceptions qu'ils opposent à l'action intentée par le préneur pour leur faire restituer les fruits, ou pour les empêcher de le troubler dans sa jouissance. Das den Appellations-Gerichts-

würde hervorgehoben worden seyn, dieses ist aber nicht geschehen, vielmehr wird 3) ausdrücklich bemerkt, daß der Verpächter durch den Pächter besitze, und daß daher alle, welche auf das Eigenthum oder den Besitz einige Ansprüche zu haben vermeinten, ihre desfallsigen Klagen gegen den Verpächter anstellen müßten ²⁴⁾; ja sogar 4) der C. N.

Gerichtshöfen mitgetheilte *Projet de C. C.* enthält den nämlichen Artikel, wie ihn die Gesetzgebungs-Section des Staats-Rathes diesem vorlegte. *liv. III. tit. XIII. Ch. I. Sect. II. art. 25. Analyse des Observations etc. p. 831.*

- 24) Mouricault *Rapport sur le projet de loi concernant le Contrat de louage. vol. V. p. 307.* si le trouble est du fait direct ou indirect du bailleur son obligation d'en garantir n'est pas douteuse; c'est même à lui seul à faire cesser le trouble. Le preneur en effet, par la tradition, qui lui est faite de la chose, n'a reçu que la faculté d'en jouir ou d'en user; c'est le bailleur qui possède par lui; c'est donc contre le bailleur que doivent se diriger les actions de ceux qui prétendent, soit à la propriété, soit à la possession. Si donc ceux qui ont commis de voies de fait s'attribuent quelque droit sur la chose, ou si le preneur est lui même judiciairement cité en délaissement de tout ou de partie, il doit appeler immédiatement le bailleur en garantie, il

C. N. selber spricht dem Verpächter Besitz und possessorische Klagen ausdrücklich ab ²⁵), und die meisten französischen Rechts-Gelehrten erklären entweder die hier in Frage stehenden Artikel auf die angegebene Weise ²⁶), oder gedenken

il doit même être mis hors d'instance, s'il l'exige, en indiquant seulement aux auteurs du trouble celui pour qui il possède. Mais le bailleur, n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent à sa jouissance par de simples voies de fait, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose: le preneur doit alors se défendre en son nom: c'est lui seul qu'ils attaquent, c'est à sa jouissance personnelle qu'ils attentent, c'est à lui seul à les faire réprimer.

25) Nämlich der Artikel 23. des C. de Pr. C. schreibt die possessorischen Klagen nur demjenigen zu, welcher *à titre non précaire* besitzt, und die Artikel 2236. und 2239. stellen die *fermiers* ausdrücklich mit unter die *détenteurs précaires*. Vergl. Bigot Préameneu *Exposé des motifs* etc. vol. VI. p. 300. Goupil Prefeln *discours* etc. vol. VI. p. 319. et le même article (2236.) fait l'application de ce principe (que ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais) *aux fermiers, dépositaires, usufruitiers et à tous les autres qui detiennent précairement la chose du propriétaire.*

26) z. E. Maleville *ad artic.* 1725. *Th. III.* p. 442.

„Diese Verbindlichkeit (dem Miether oder Pächter
„den

ken des Satzes, daß der Pächter keinen Besitz und keine possessorischen Klagen habe, als etwas so bekannten und ausgemachten, daß sie dabey jener Artikel gar nicht erwähnen, gleich als verstehe es sich schon von selber, daß dieselben sich nicht auf einen anderen Gegenstand beziehen könnten ²⁷⁾.

II.

„den Genuß der vermiethteten oder verpachteten Sache zu verschaffen, und ihm für jede Eviction (Gewähr zu leisten) hört dann auf, wenn der Miether oder Pächter durch Diebstähle oder besondere Gewaltthätigkeiten gestört wird, die von Leuten herrühren, welche keinen Anspruch auf die Sache haben, *durch Diebstähle oder besondere Gewaltthätigkeit, sage ich*; denn wenn von Verheerungen die Rede wäre, welche der Krieg verursacht hätte, so wäre der Pächter berechtigt, eine Verminderung des Pachtgeldes zu verlangen, wie man beym Artikel 1773. sehen wird.“ Eben so die Verfasser der *Pandectes françoises tom. XIII. p. 155.* welche namentlich auf die c. 12. C. IV. 65. verweisen, und bemerken, que les auteurs du premier projet avoient suivi en cela la doctrine de M. Pothier etc.; auch Dard verweist auf die angezogenen Stellen des Röm. Rechtes. Vergl. Delvincourt *l. c. vol. III. p. 158.* Pfeiffer *l. c. lib. III. tit. VIII. Cap. II. sect. I. vol. II. p. 364.* Bergmann *Lehrbuch des Privat-Rechts des C. N. §. 265. p. 412 — 414.*

II. Fälle, in denen mit der Detention immer der juristische Besitz übertragen wird.

1) Das

27) z. E. Lepage *Nouveau style de la procédure civile* liv. I. sect. IV. Art. I. vol. I. p. 106. (nach der Uebersetzung von Wehrs.) Comaille *Nouveau tr. de la procédure civile*, P. I. liv I. tit. IV. Art. I. nr. 50. vol. I. p. 54, 55. il faut, pour qu'il soit fondé dans son action, qu'il soit ... en possession ... à titre de propriétaire et non à titre de fermier, de depositaire ou à autre titre précaire. Hutteau zu Pothier *tr. de la poss. not.* 38. p. 66. setzt hinzu: aussi est-ce par ce motif (que le fermier ne peut exercer en son nom l'action possessoire) que l'art. 1768 enjoint au fermier, sous peine de dommages et intérêts, d'avertir, dans un court délai, le maître, des usurpations qui peuvent être commises sur la propriété. Vergl. Hutteau *l. c.* not. 3. p. 8. — Der Verfasser hat es für nöthig gehalten, diesen Punct etwas umständlicher zu berühren, als er es vielleicht an und für sich verdient. Allein der freylich etwas zweydeutige Ausdruck des Artikel 1725, hat schon so Viele zu der hier bestrittenen Meinung verleitet, und das Ansehen des *Praticien françois* hat dieselbe so sehr unterstützt, daß in dieser Hinsicht eine ausführliche Untersuchung zur Rechtfertigung der hier vorgetragenen abweichenden Meinung nothwendig war; haben doch schon französische Tribunäle und Appellations-Gerichtshöfe für den Besitz des Pächters erkannt: z. E. les nommés Louis et Jacques Jourdain, loca-

D

taires

- 1) Das römische Recht rechnete hierher denjenigen Fall, wenn man Pfandweise in den Besitz einer Sache kam. Dafs dieß nun nach französischem Rechte bey dem Faust-Pfand-Gläubiger nicht mehr der Fall seyn kann, ergiebt sich von selber daraus, dafs das Faust-Pfand sich nur auf bewegliche Sachen bezieht, die nicht Gegenstand possessorischer Klagen seyn können. In Ansehung des
anti-

taires d'un sieur *Begon*, ne payant pas leurs loyers, furent condamnés par défaut le 18 messidor an II. à déguerpir les fonds loués. *Begon* les afferme à *Louis Jourdan*: les locataires expulsés forment opposition au jugement. Ils en sont déboutés. Cependant ils se perpétuent dans leur jouissance. Le nouveau locataire qui ne peut jouir, réclame contre le bailleur l'exécution de l'article 1719 du C. N. qui impose à celui-ci l'obligation de faire jouir le preneur pendant la durée du bail. De son côté *Begon* se retranche dans la disposition de l'art. 1725 et fait accueillir son système par les premiers juges. — Par arrêt du 26. Juin 1806 la cour souveraine de *Nîmes* a confirmé simplement et purement le jugement dont étoit appel, parceque *Jourdan* avoit été mis en possession par un officier ministériel; qu'en conséquence c'étoit à lui à la défendre contre les entreprises des anciens fermiers; et que les tribunaux lui étoient ouverts pour y parvenir. *Discussions du C. N. vol. III. p. 459.*

antichretischen Creditors aber kann man die Sache sehr zweifelhaft nennen. Denn auf der einen Seite existiren diejenigen Gründe, aus denen das römische Recht dem Pfand-Gläubiger Besitz und possessorische Klagen zuerkennt, auch im französischen Rechte; ja sie existiren hier um so mehr, als der Pfand-Contract des französischen Rechtes derjenigen Form des römischen Rechtes, durch das Eigenthum des Schuldners die Erfüllung der Obligatio zu sichern, in Beziehung auf welche dem Creditor ursprünglich die Interdicte verwilligt wurden, am meisten nahe kommt. Der Creditor erhält durch die Uebergabe der Sache bloß die natürliche Sicherheit, welche das Aufbewahren einer Sache gewährt, aus welcher, oder aus deren Früchten man sich dereinst bezahlt machen kann; verliert er diesen Besitz, so geht mit ihm seine ganze Sicherheit verloren, denn eine Real-Klage hat er nicht²⁸⁾; diese gab ihm freylich das römi-

28) Le nantissement ainsi que l'indique sa seule dénomination, est un acte par le quel le débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette.

römische Recht, allein es kann auch historisch bewiesen werden, daß der Besitz des Gläubigers so wenig Grund oder Folge dieser Real-Klage war, und durch dieselbe und um ihretwillen entstanden ist, daß er vielmehr im Gegentheil durch dieselbe hätte aufhören können. Auf der andern Seite aber kann auch freylich nicht geläugnet werden, daß aller abgeleitete Besitz nur als Aus-

Ainsi la mise effective du créancier en possession de la chose appartenante à son débiteur est de l'essence de ce contrat. Sans cette mise en possession, il peut bien, surtout en matière immobilière, exister des affectations propres à assurer les droits du créancier: telles sont les hypothèques, qui ont leurs règles particulières, mais les hypothèques ne doivent point être confondues avec le nantissement. Berlier *Exposé des motifs du projet de loi relatif au nantissement. vol. VI. p. 193.* le créancier se procure cette garantie (la sûreté sur les biens) de deux manières: ou en stipulant que la chose qui lui est affectée passera dans ses mains et y restera jusqu'à son paiement: ou en laissant cette chose dans les mains de son débiteur. — *La sûreté de la dette forme l'objet du contrat de nantissement.* Donc jusqu'à ce que le créancier soit entièrement satisfait, il est autorisé à conserver la chose qui lui a été remise. Gary *discours au Corps législatif etc. vol. VI. p. 200.*

Ausnahme von der Regel des *animus domini* sich darstellt, daß folglich die Fälle, in denen die Gesetze einen solchen anerkennen, auf rein-positiven Bestimmungen beruhen, und es die Regel ist, daß durch juristische Geschäfte dieser Art kein juristischer Besitz entsteht, vielmehr für jeden Fall, in welchem dennoch Besitz übertragen seyn soll, die Existenz desselben besonders bewiesen und erklärt werden muß, welches in Ansehung des antichretischen Pfand-Gläubigers nicht geschehen kann ²⁹⁾.

2) Au-

- 29) Das ältere Recht, von dessen Bestimmungen über den *contrat de nantissement* der C. N. wenig abweicht, gab dem Creditor Besitz und possessorische Klagen. *Pothier traité du Contrat de nantissement Ch. II. Art. I. nr. 21, 28. vol. II. p. 952, 954. traité de la possession Ch. I. Art. II. nr. 13. vol. IV. p. 528.* Die neueren Schriftsteller über den C. de *proc. civ.* sind hier nicht einig. Einige geben dem Creditor die possessorischen Klagen; z. E. der *Praticien françois liv. I. Ch. VII. Sect. III. §. III. p. 183.* mais si, au lieu d'un simple gage donné pour sûreté, il y avoit antichrèse, qui accordât au créancier le droit de percevoir les fruits, alors on doit, pour tout ce qui intéresse leur jouissance, lui accorder l'action possessoire s'il est troublé dans sa possession.

Vergl.

22) Aufser dem Pfand-Creditor sind nun hier noch zwey Rechts-Geschäfte zu untersuchen:

a) Das Verhältniß des Ehemannes zu der Frau, in Beziehung auf den Besitz der Dotal-Grundstücke: hier werden zwey Rücksichten unterschieden werden müssen. In sofern als der Ehemann Usufructuarius ist ³⁰⁾, kommt bey ihm das nemliche zur Anwendung, was weiter unten von dem Besitze des ususfructus wird gesagt werden. In Beziehung auf die Ausübung des Eigenthumes aber hat der Nieß-Nutzer nur eine simple Detention, und diess gilt denn auch vom Ehemanne; nur ist bey diesem noch das besondere, daß er zugleich Admini-

Vergl. die Bemerk. von Cambacérès in *Discuss. du C. C. ad art. 2076. vol. II. p. 696.* Andere hingegen verweigern sie ihm, wie z. E. Lepage *l. c. liv. I. Sect. IV. Art. I. p. 106.* Vergl. Maleville *l. c. ad art. 2079. Th. II. p. 166.*

30) Artikel 1549, 1562. — Siméon *discours sur le projet de loi relatif au contrat du mariage etc. vol. V. p. 169.* — le mari étoit usufruitier, il rend la dot. — le mari puisqu'il n'est qu'usufruitier, ne peut aliéner ce qui ne lui appartient pas.

administrator des Vermögens seiner Frau ist, und in dieser Hinsicht die ihr zustehenden possessorischen Klagen anstellen kann ³¹⁾: allein dieß

- 31) Artikel 1549. — Hors le cas de ces stipulations précises le mari n'a que la perception des fruits de la dot et son *administration*. C'est à lui qu'appartiennent, en conséquence, *toutes les actions possessoires et conservatoires*. C'est lui qui poursuit les débiteurs et détenteurs, et qui reçoit même le remboursement des capitaux. — La propriété de la dot reste à la femme; mais les actions propriétaires demeurent suspendues, parceque la dot est inaliénable. Duveyrier *Rapport au tribunal etc. vol. V. p. 110.* — Le mari est administrateur des biens dotaux. *Il peut, en sa qualité intenter les actions pétitoires et possessoires.* Comaille *traité du Contrat du mariage suivant les principes du C. N. (Paris. 1804. voll. II. 8.) P. III. Ch. I. Sect. II. Art. I. nr. 500. vol. II. p. 249, 250.* Pfeiffer *l.c. vol. II. p. 274.* Betrachtet man freylich die Sache aus dem Gesichtspuncte des römischen Rechtes, und eines auf den Mann transferirten Eigenthumsrechtes; so muß man ihm allerdings Besitz für seine Person zusprechen; so betrachtet Maleville die Sache *l.c. ad art. 1549. Th. III. p. 311.* — Die nämliche Bewandtniß hat es in Ansehung der biens propres der Frau bey der Gütergemeinschaft; auch hier ist der Mann nichts weiter als gesetzlicher Administrator; er kann daher in Gemäfsheit des Artikel

dieß geschieht nicht vermöge eines
ihm in Beziehung auf das Eigen-
thum

Artikel 1428. alle possessorische Klagen anstellen;
allein es heißt dabey ausdrücklich, daß sie der
Fran gehörten: *le mari a l'administration de tous
les biens personnels de la femme. Il peut exercer
seul toutes les actions mobilières et possessoires
qui appartiennent à la femme.* Denn diese bleibt
nach wie vor die Eigenthümerin; Berlier *Exposé
des motifs etc. vol. V. p. 40.* Auch das alte Gewohn-
heits-Recht scheint von dieser Ansicht ausgegan-
gen zu seyn; *Coutume de Paris tit. X. art. 233.
p. 172. le mary est seigneur des actions mobilières
et possessoires, posé qu'elles procèdent du côté de
la femme; et peut le mary agir seul et deduire les
dits droits et actions en jugement sans la dite
femme; und Charond erklärt dieß dahin qu'il
les peut intenter sans l'adveu, mandement, ni con-
sentement de la femme.* Pothier scheint indessen
dem Manne selber Besitz zuzugestehen *tr. de la
prescr. Ch. VI. Sect. I. §. III. nr. 97. vol. IV. p. 555,
le mari, ayant pendant le mariage, la possession
des héritages propres de sa femme — il n'est pas
douteux qu'il peut former la complainte pour les
héritages propres de sa femme; doch setzt er hin-
zu: mais il doit la former en sa qualité de mari
d'une telle. — Der Praticien françois l. c. vol. I.
p. 182. raisonnirt hier nach seinen einmal ange-
nommenen falschen Ansichten: nous disons avec
Rodier, que toutes les raisons alléguées pour établir
qu'ils*

thum zustehenden Besitzes, sondern er ist hier wie jeder andere allgemeine Geschäftsführer zu betrachten, der, wiewohl er alle dem wirklichen Eigenthümer zustehende Klagen anstellen und verhandeln kann, deswegen dennoch für sich selber keinen Besitz in Anspruch nehmen darf.

- b) Der *missus in possessionem bonorum absentis*. Bey diesem muß man zwey Perioden distinguiren; der bloße provisorische Besitz kann keine juristische *possessio* geben, denn hier sind die Erben nur Administratoren, Geschäftsführer, oder, wie sie genannt werden, *dépositaires*; sie verwalten bloß einen fremden Besitz, und haben einen höchst precari-

qu'ils ne possèdent pas (le fermier et l'usufruitier) en leur nom etc. ne sont que des subtilités du droit; et par cela seul qu'ils ont la jouissance de fait, qui n'est autre chose qu'une possession naturelle, on ne doit pas leur refuser les actions nécessaires pour se conserver dans cette possession. C'est par cette raison que l'art. 1428. du C. C. accorde au mari toutes les actions possessoires pour les biens de son épouse.

precairen Titel ³²). Dahingegen
ertheilt ihnen der definitive Besitz
ein

32) Artikel 125. la possession provisoire ne sera qu'un *dépôt*, qui donnera à ceux qui l'obtiendront, l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptables envers lui en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles; und eben so erklärt auch der Artikel 127. den envoi provisoire durch *administration légale*, und diese Ansicht herrscht auch durchgängig in den Privat- und öffentlichen Verhandlungen. z. E. Thibaudéau: *les héritiers n'ont, dans ce cas (d'un envoi provisoire) aucun droit personnel, ils ne jouissent encore que pour l'absent; etc. Discuss. du C. C. vol. I. p. 225. Bigot Préameneu Exposé des motifs etc. vol. I. p. 67. la première période est celle qui se trouve entre le moment du départ et l'époque où les héritiers présomptifs de l'absent peuvent être envoyés, comme dépositaires, en possession de ses biens — p. 73. au surplus cette possession provisoire n'est qu'un dépôt confié aux parens. — p. 74. les mêmes précautions seront prises contre eux tous (scil. qui auront sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès); ils ne seront, comme les héritiers, que des dépositaires tenus de fournir caution et de rendre des comptes — ibid. si l'incertitude a suffi pour les mettre en possession provisoire des biens, ce n'est pas sur une incertitude que des héritiers n'ayant qu'un droit précaire et provisoire, peuvent contre la volonté de l'une des parties, rompre*

ein wirkliches, wenn gleich wider-
 rufliches Eigenthums-Recht, und
 damit ist denn auch sogleich ihr
 juristischer Besitz entschieden ³³).

Bestimm-

rompre un contrat synallagmatique. — *ibid.* ils ne
 seroient envoyés en possession *que comme dépositaires*. — p. 75. pourquoi les héritiers seroient ils
 plutôt *dépositaires* de sa propre fortune qu'elle même
 (la femme). — p. 76. l'existence de l'absent, qui
 chaque année devient plus incertaine, les malheurs
 que les héritiers peuvent éprouver, *l'accroissement*
du dépôt etc.

- 33) Artikel 129, 130. l'effet de l'envoi (définitif) à l'égard
 des héritiers sera que les revenus leur appartiendront en entier; *ils ne seront plus simples dépositaires des biens, la propriété reposera sur leur tête; ils peuvent aliéner.* Bigot Préameneu *Exposé des motifs* etc. p. 77. — Hier findet sich in den Verhandlungen des Staats-Rathes in den Aeußerungen von Tronchet, wenigstens in Ansehung des Besitzes, ganz die nämliche Distinction: er spricht nämlich gegen die Bestimmung des Preussischen Land-Rechtes, daß nach dem Verlaufe von 30 Jahren, von Zeit der déclaration de mort angerechnet, die Erben von der Verbindlichkeit zur Restituirung des Vermögens befreyt seyn sollen. Man habe freylich, sagt er, um die Erben nicht administrateurs indéfiniment et pour toujours zu lassen, nach dem Verlaufe einer gewissen Zeit, einen *envoi en possession définitif* angenommen. Cependant l'absent n'étoit

Bestimmte Vorschriften der Gesetze lassen sich hier nicht anführen; man muß vielmehr aus der Natur des Rechts-Geschäftes ableiten und entscheiden.

III. Fälle, in denen die Detention theils mit dem Besitze, theils ohne denselben übertragen wird.

Hierher gehört nach römischem Recht das Depositum. Die Regel, daß der Depositär keinen Besitz habe, ist auch im französischen Rechte keinem Zweifel unterworfen

n'étoit pas privé irrévocablement de ses biens: les héritiers ne possédant que comme dépositaires, ils ne pouvoient changer le titre de leur possession, et devenir propriétaires. Diels geht offenbar auf die Beschaffenheit des Besitzes den sie als Dépositaires hatten, und welcher nicht die Ursache seyn kann, daß sie durch den envoi en possession définitif Eigenthum erwerben könnten; — dagegen soll derselbe nunmehr, wenn gleich nicht Eigenthum selber, doch iustam causam vsucapiendi begründen: les héritiers n'acquièrent pas d'abord, puisqu'ils ne peuvent prouver que la succession est ouverte: mais ils acquièrent ensuite par la prescription. Cette voie leur est ouverte attendu que leur possession est fondée sur un titre légal. *Discussions etc. vol. I. p. 215.*

worfen ³⁴). Der besondere Fall, in dem hier das römische Recht eine Uebertragung des Besitzes annimmt ³⁵), bezieht sich auf eine besondere Verabredung der Partheyen, und es könnte daher scheinen, daß schon um deswillen diese Ausnahme im französischen Rechte gleichfalls zugelassen werden müsse. Indessen ist dieser Schluß unrichtig, weil, wie schon bemerkt worden, aller abgeleitete Besitz

34) Einmal schon deswegen, weil das Depositum nach Artikel 1918. sich nur auf bewegliche Sachen bezieht; und zweytens, weil, wenn man auch nur auf das Sequestre Rücksicht nehmen will, der depositarius überall mit zu denjenigen gezählt wird, welche für einen andern besitzen: Artikel 2236, 2239. Bigot Préameneu *Exposé des motifs* vol. VI. p. 300. Goupil Prefeln *discours* etc. p. 319. — Lepage *l. c.* liv. I. Sect. IV. Art. I. §. 5. vol. I. p. 106. Comaille *l. c.* P. I. liv. I. tit. IV. Art. I. nr. 50. vol. I. p. 55. *Praticien françois l. c.* vol. I. p. 183. ainsi le dépositaire, le sequestre etc. n'ayant pas la possession proprement dite, ou n'en ayant qu'une précaire, n'auront pas les actions possessoires; ils devront, en cas de trouble, le dénoncer au propriétaire.

35) Pothier hat diesen Fall des römischen Rechtes sehr gut hervorgehoben; *traité du Contrat de dépôt*, Ch. IV. Art. I. nr. 85. vol. II. p. 829. *traité de la possession* Ch. I. Art. I. nr. 13. vol. IV. p. 528.

Besitz als Ausnahme von der Regel auf einzelnen positiven Bestimmungen beruht, und es daher immer einer speciellen gesetzlichen Anerkennung bedarf, wenn durch einen solchen Vertrag Besitz übertragen werden soll. Eine andere Sache wäre es freylich, wenn gezeigt werden könnte, daß eine Besitz-Uebertragung wesentlich mit zu demjenigen Vertrage gehöre, mittelst dessen eine Sache, deren Eigenthum unter den Partheyen streitig ist, bey einem Dritten deponirt wird; denn dann würde in der Sanctionirung dieses Geschäftes auch zugleich jene Anerkennung mit enthalten seyn. Allein dieses kann nicht bewiesen werden; vielmehr erhellt das Gegentheil, daß nemlich Besitz - Uebertragung nicht mit zum Wesen jenes Geschäftes gehöre, daraus, daß das römische Recht immer zu dem Ende eine besondere Verabredung der Partheyen erforderte ³⁶⁾.

Das

36) Réal sagt zwar in seinem *Exposé des motifs etc.* vol. VI. p. 35. Ainsi, lorsque plusieurs personnes se disputent la propriété d'une chose, et conviennent néanmoins que durant le litige elle restera en la possession d'un tiers désigné, c'est un sequestre con-

Das zweyte Geschäft, welches nach römischem Rechte in diese Classe gehörte, das *precarium*, ist im C. N. ganz übergangen worden.

§. 5.

Ein drittes, zur Begründung des juristischen Besitzes nöthiges Erforderniß bezieht sich auf die Dauer dieser Verbindung von physischer Innehabung und *animus domini*; es wird aber dieser Punct, so wie die ihm zum Grunde liegende Ansicht, weiter unten zweckmäßiger entwickelt werden, und es daher hier hinreichen, seiner nur erwähnt zu haben. Die übrigen bey der Lehre vom Erwerb des Besitzes vorkommenden Puncte, namentlich in wiefern der Besitz durch fremde Handlungen erworben werden könne, werden im C. N. auch nicht in entfernter Rücksicht berührt, und es kann daher hier nichts weiter darüber gesagt werden, als daß das Eigenthümliche dieses Erwerbs sich auf das Verhältniß zwischen dem Repräsentanten und dem neuen Besitzer, welches nach dem Geiste des C. N. nur ein freyes Verhältniß seyn kann, bezieht, und daß die hierbey vorkommenden juristischen Bestimmungen

conventionel. Allein daß dies juristischer Besitz sey, ist zum Begriffe eines *sequestre* gar nicht nöthig; vielmehr ist es Regel, daß hier bloße Detention übergeht, wie die in den not. 34. angezogenen Stellen, die wegen des Artikel 1918. bloß vom *Sequester* verstanden werden können, beweisen.

stimmungen in den allgemeinen vom Mandats-Contract geltenden rechtlichen Grundsätzen, angewandt auf den hier in Frage stehenden Zweck, den Erwerb des Besitzes, bestehen ^{36a)}. Es scheint daher zweckmässig, sogleich zur Lehre von dem Verluste des Besitzes überzugehen.

§. 6.

Da das Wesen des Besitzes gerade in den beiden Puncten, körperliche Detention, und animus possidendi besteht, so folgt schon unmittelbar hieraus, dass, sobald wie diese Verbindung aufhört, und eines jener beiden Glieder wegfällt, auch der Besitz aufhört, folglich dessen Fortdauer darauf beruht, dass factum und animus zugleich vorhanden seyen. Da nun die Fortdauer des Besitzes eben so wie der Erwerb desselben durch fremde Handlungen begründet seyn kann, so sind es im Ganzen drey Puncte, welche hier in Betrachtung kommen.

1) Das Factum oder das physische Verhältniss zu der besessenen Sache, wodurch es uns möglich

36a) Dass das französische Recht bey dem Besitze ein solches Verhältniss der Repräsentation überhaupt anerkenne, liegt in der Natur der Sache, und erhellt aus Artik. 2228, 2230, 2231, 2236, 2238. Cambacérès *ad art.* 2076. *Discuss. du C. C. vol. II. p. 696.* — Welche Personen als Mandatare für Andere den Besitz erwerben können, darüber S. Hutteau zu Pothier *tr. de la poss. not. 20. p. 31, 32.*

lich wird auf dieselbe einzuwirken ³⁷⁾. Wie diese Möglichkeit zum Behuf der Fortdauer des Besitzes beschaffen seyn müsse; darüber enthält der C.N. überall keine Bestimmungen. Dafs sie aber keine unmittelbare und gegenwärtige zu seyn brauche, ergiebt sich aus einem dem französischen Rechte ganz eigenthümlichen Satze, welcher darin besteht, dafs der Besitz durch das Wegfallen des Facti erst dann aufgehoben werden soll, wenn das physische Verhältnifs zur besessenen Sache ein ganzes

- 37) Auf das Wegfallen dieses physischen Verhältnisses bezieht Bigot Préameneu vorzüglich den Begriff der interruption naturelle. *Exposé des motifs etc. vol. VI. p. 302.* il y a interruption naturelle lorsque le fait même de la possession est interrompu; und damit scheint der Artikel 2243. übereinzustimmen. In meiner *Darstellung der Lehre von der Verjähr.* p. 90, 91, 93. not. 50. ist auch der Fall des Artikel 2248. unter diese Kategorie gestellt worden; dieß wird in der äußerst lehrreichen Recension, die sich über dieses Werk in den *Heidelberger Jahrbüchern für Jurisprudenz und Staatswissenschaften.* 1801. *Heft II.* p. 57. findet, getadelt, und der Recensent hat freylich in sofern Recht, als dieser Fall sowohl im Gesetzbuch selber, wie auch in den öffentlichen Verhandlungen immer besonders aufgeführt, und weder der Natural- noch der Civil-Interruption beygefügt wird.

ganzes Jahr hindurch aufgehoben gewesen ist ³⁸⁾, woraus dann von selber folgt, daß, sobald

- 38) Dies kann geschehen, theils durch natürliche Begebenheiten, theils durch ein menschliches Factum. Den ersteren Fall erwähnt das französische Recht gar nicht; allein es handelt auch den Besitz nur in bestimmter Beziehung auf die Verjährung ab, daher wohl dergleichen Uebergehungen demjenigen, was von dem einmal festgesetzten Begriffe des Besitzes eine nothwendige Folge ist, keinen Eintrag thun können. Der Appellationshof von Grenoble machte auch auf diese Uebergehung aufmerksam: *Analyse des Observations etc. p. 912.* Mein Recensent a. a. O. nennt dies eine gewagte Ansicht; allein wenn man einmal Verlust des Besitzes von jedem Factum abhängig macht, wodurch dem bisherigen Besitzer die Einwirkung auf die Sache unmöglich gemacht wird, so ist nicht gut abzusehen, warum man denselben nicht auch in dem Falle annehmen will, wenn durch natürliche Begebenheiten alle Freyheit in der Behandlung der Sache aufgehoben wird. Auf die Gründe, wodurch Maleville l. c. ad art. 2243. Th. IV. p. 437. seine Behauptung, daß eine bereits angefangene Verjährung in diesem Falle nicht unterbrochen werden könne, zu rechtfertigen sucht, brauche ich mich wohl nicht einzulassen; sie beruhen auf seinen eigenthümlichen Ansichten von der possessio civilis, die ich im Gesetzbuch nirgends angenommen finde. Der Artikel 2243. bezieht sich freylich nur auf den Fall, wenn das

sobald wie die aufgehobene Detention in dem nemlichen Jahre wieder erlangt ist, der nunmehr

das physische Verhältniß zur Sache durch menschliche Handlungen aufgehoben wird; allein ob eine einschränkende Erklärung, die, wenigstens meiner Ansicht nach, auf Inconsequenzen führen muß, hier erlaubt ist? Auch Bigot Préameneu im *Exposé des motifs etc. vol. VI. p. 322.* läßt in seiner Definition von der interruption naturelle jene Beschränkung weg; *il y a interruption naturelle lorsque le fait même de la possession est interrompu.* In dem *Projet de C. C. von Cambacérès liv. II. tit. 9. art. 705. p. 255.* heißt es ganz allgemein: *elle (la prescription) est interrompue, si le possesseur a cessé de jouir pendant un an;* von selber versteht es sich indessen wohl, daß hier nicht jedes physische Hinderniß, wodurch etwa die unmittelbare Einwirkung auf die Sache aufgehoben wird, in Betrachtung kommen kann; es ist genung, wenn nur nicht die Möglichkeit überhaupt, auf die Sache einzuwirken, aufgehoben wird; wann dieß aber der Fall sey, und von welchem Zeit-Puncte an daher das im Artikel 2243. vorgeschriebene Jahr zu laufen anfangt, wird in jedem einzelnen Falle immer schwer zu bestimmen seyn. — *On ne peut pas acquérir la possession par l'intention seule, mais on peut la conserver par cette seule intention. Si par exemple un homme jouit d'un fonds pendant un an, qu'il laisse ensuite quelques années, et en jouisse encore, il est censé l'avoir possédé pendant*

mehr wieder begründete Besitz, nicht als ein ganz neuer, sondern nur als eine Fortsetzung

tout l'intervalle. On met en question, combien de temps la possession civile peut être censée durer, sans être jointe à la possession naturelle, et l'opinion commune des docteurs est qu'elle ne dure que dix ans. De-là il suit que, si l'on a cessé de posséder naturellement, à une époque où il manquoit encore plus de dix ans pour prescrire, la prescription n'est pas censée accomplie. On suppose au reste, que personne, dans l'intervalle de dix ans, ne s'est mis en possession de la chose, car alors la possession civile du premier seroit terminée de ce jour là. Hutteau zu Pothier *tr. de la possess. not.* 23. p. 34, 35. Auf den letzteren Fall, wo das physische Verhältniß durch ein menschliches Factum aufgehoben wird, bezieht sich der Artikel 2243. Natürlich ist es hier gleichgültig, ob dies mit Gewalt geschieht oder nicht; la possession est pareillement interrompue lorsque le possesseur a été dépossédé même par violence. Pothier *tr. de la prescr. P. I. Ch. II. Art. III. nr. 40. p. 591.* Hierüber sind Domat's Ansichten merkwürdig; *Loix civiles liv. III. tit. VII. Sect. V. §. 18. vol. II. p. 540.* celui de qui la possession n'est interrompue que par une voye de fait, sans forme de justice, ne laisse pas d'être considéré comme possesseur, parcequ'il a le droit de rentrer en possession. Ainsi le temps de la possession de l'usurpateur n'interrompt pas la sienne. Dabey wird *l. 17. de acquir. vel amitt. poss.*

setzung des alten Besitzes angesehen werden kann ³⁹).

2) Die

poss. citirt. Vgl. sect. IV. §. 6. not. vol. II. p. 520.
Auf etwas ähnliches scheint der Appellationshof von *Toulouse* in seiner Bemerkung zum Artikel 2243. hinzudeuten: *il devrait y avoir interruption naturelle en faveur du propriétaire lorsqu'il a fait des actes possessoires avant l'accomplissement de la prescription, sauf le cas de violence ou voye de fait. Analyse des Observations etc. p. 922.,* wobey man wahrscheinlich die *c. 3. C. Th. IV. 22. unde vi* und *c. 7. C. VIII. 4. eod.* vor Augen hatte.

- 39) Artikel 2243. Vergl. *Projet de C. C. (Paris an III.) art. 143. p. 68. Projet de C. C. du Messidor an IV. art. 687. p. 252.* Den den Appellationsgerichtshöfen mitgetheilten Entwurf, *liv. III. tit. 20. Ch. 4. Sect. I. art. 25. Analyse des Observations etc. p. 903.* Folgende 5 Gründe sind es, wodurch diese Disposition motivirt wurde: 1) si, quand il s'agit d'un fonds, cette interruption ne s'est pas prolongée un certain temps, on présume que c'est une simple erreur de la part de celui qui s'en est emparé; 2) on présume aussi que celui qui étoit en possession s'en est ressaisi, ou a réclamé aussitôt qu'il a eu connoissance de l'occupation, et qu'il a aucunement entendu la souffrir; 3) on a considéré que si l'occupation momentanée d'un fonds suffisoit pour priver des effets de la possession, ce seroit une cause de desordre; que chaque possesseur seroit à tout moment exposé à la nécessité d'avoir un procès pour justifier son droit

- 2) Die zweyte Bedingung der Fortdauer des Besitzes ist der Wille des Besitzers (animus). Das
franzö-

droit de propriété; 4) dans tous les jugemens rendus à Rome en matière possessoire, et qui furent d'abord distingués sous le nom d'interdits il falloit pour se prévaloir des avantages de la possession nouvelle de toutes choses mobilières ou immobilières contre un précédent possesseur, que cette possession fût d'une année; 5) la règle de la possession annale a toujours été suivie en France à l'égard des immeubles; elle est la plus propre pour maintenir l'ordre public. C'est pendant la révolution d'une année que les produits d'un fonds ont été recueillis; c'est pendant une pareille révolution qu'une possession publique et continue a pris un caractère qui empêche de la confondre avec une simple occupation. Bigot Préameneu *Exposé des motifs etc.* vol. XI. p. 302. Es könnte zwar die Frage entstehen, ob nicht diese Bestimmung bloß auf die Verjährung und deren Unterbrechung durch Aufhebung des Besitzes zu beschränken sey, und ob es gerechtfertigt werden könne, daraus eine allgemeine, auf den Verlust des Besitzes überhaupt sich beziehende Regel herzuleiten. Allein die historische Untersuchung über die erste Bildung dieses Rechtssatzes zeigt bald, daß er allgemein auf den Besitz, ohne alle Rücksicht auf eine einzelne Wirkung desselben bezogen werden muß, und daß also der Artikel 2243. vielmehr eine bloße Anwendung desselben enthält; und eine gleiche Anwendung enthält der Artikel 23. des *C. de proc.*

französische Recht enthält aber auch hierüber zu wenig Bestimmungen, als dafs es möglich wäre, die Frage: in wiefern denn der Wille zu besitzen vorhanden seyn müsse, und wann er als aufgehoben angesehen werden könne, daraus zu beantworten. Das aber ist ausgemacht,

proc. civ. in der Bestimmung, dafs die possessori-
sche Klage in dem Jahre der Störung angestellt werden solle, da der Grund davon kein anderer ist, als weil man, so lange wie noch kein Jahr verflossen ist, den gestörten oder dejicirten Besitzer immer noch als Besitzer ansieht. Daraus ergibt sich, wie unten ausführlicher gezeigt werden wird, eine ganz eigenthümliche Ansicht der possessori-
schen Klagen, und daher wird auch wohl der Beweis der hier aufgestellten Behauptungen, am zweckmäfsigsten bis dorthin aufgespart. — Es braucht aber hier wohl kaum bemerkt zu werden, dafs es zum Verluste des Besitzes hinreicht, wenn in Beziehung auf den bisherigen Besitzer sein physisches Verhältnifs zur Sache über ein Jahr lang aufgehoben ist, ohne weitere Rücksicht darauf, ob nun in diesem Jahre ein Anderer den Besitz erworben hat, oder ob die Sache sich in dem Besitze von niemanden befindet; denn der Artikel 2243. sagt allgemein: *lorsque le possesseur est privé pendant plus d'un an de la jouissance de la chose etc.* So sind die etwas zu allgemein gefafsten Darstellungen von Bigot Préameneu *Exposé des motifs etc. vol. VI. p. 302*, und von Goupil Prefeln *discours au Corps législatif etc. vol. VI. p. 319*, zu modificiren.

macht, daß, wenn sich in dem Besitzen ein dem animus possidendi entgegengesetzter neuer Wille erzeugt, der bisherige Besitzer also den Willen hat nicht zu besitzen, eben dadurch der Besitz verloren geht. Da also hier von einem ganz neuen Willen die Rede ist, so kommt die Frage, welche Personen überhaupt wollen, also auch durch Aenderung des Willens den Besitz verlieren können, von neuem hier zur Anwendung; allein das französische Recht berührt dieselbe ebenso wenig hier, wie oben bey der ursprünglichen Entstehung des animi domini. Die Anwendung dieser Regel wird freylich nur selten durch eine ausdrückliche Erklärung des Besitzers außer Zweifel gesetzt, sondern es kommt in den meisten Fällen auf die Interpretation anderer Handlungen des Besitzers an, aus denen dieser Entschluß gefolgert werden muß. In den Schriften der römischen Juristen sind viele Proben einer solchen Interpretation übrig geblieben, welche man aber begreiflich als bloß zur Wissenschaft gehörend, im C. N. nicht suchen darf. Nur darauf mag hier noch aufmerksam gemacht werden, daß nach dem römischen Rechte selbst in denjenigen Fällen, in welchen eine ausdrückliche Erklärung des Besitzers fast allein vorkommt, z. B. bey der Tradition, es meistens nicht

nicht diese Erklärung ist, welche die Sache entscheidet, indem gewöhnlich schon auf eine andere Art, nämlich durch Factum, der Verlust des Besitzes entschieden zu seyn pflegt. In dem französischen Rechte aber verhält es sich nach dem oben Vorgetragenen gewissermaßen umgekehrt; denn da bey dem Erwerb des Besitzes ein wirkliches körperliches Factum, und eine natürliche Apprehension nicht nothwendig ist, sondern gewissermaßen der bloße Consensus zur Uebertragung des Besitzes hinreicht; so ist es auch bey dem Verlust des Besitzes von Seiten des Tradenten meistens die bloße Aenderung des Willens, welche diesen Verlust entscheidet 4^o).

- 3) Es bleibt nunmehr bey der Lehre von dem Verluste des Besitzes nur noch die Frage zu beantworten übrig, welchen Einfluß das Verhältniß der Repräsentation auf die Erhaltung oder Aufhebung des Besitzes haben könne? Ueber die Beschaffenheit dieses Verhältnisses zwischen dem Besitzer und Repräsentanten selber, so wie über dasjenige was hier die Erhaltung oder der Verlust des Besitzes in der
- Person

- 4^o) Bey beweglichen Sachen, wenn bey ihnen Besitz Statt fände, wäre dieß noch weniger Zweifel unterworfen, da diese durch den bloßen consensus ohne alle symbolische Tradition transferirt werden.

Person des Besitzers selber nöthig macht, findet sich nichts besonderes zu bemerken; es bleibt also bloß zu untersuchen übrig, wie der Besitz in der Person des Repräsentanten verloren gehen könne. Dieser Verlust läßt sich auf zweierley Art denken; theils so, daß der Repräsentant selber den Besitz erwerben will, den er bisher bloß ausübte (Verlust an den Repräsentanten); theils so, daß ein Dritter, oder auch niemand den Besitz erwirbt (Verlust durch den Repräsentanten).

Was den ersteren Fall anbelangt, so steht der Repräsentant zu der Sache bereits in dem physischen Verhältnisse des Besitzers. Was zum Besitze also noch fehlt und erst noch hinzukommen muß, ist der *animus possidendi*, so daß also der Repräsentant unmittelbar durch diese neue Bestimmung seines Willens den Besitz erwerben müßte. Es modificirt jedoch das französische Recht die Anwendung dieser Regel dahin, daß ein Verlust des Besitzes an den Repräsentanten erst dann angenommen werden soll, wenn der eigentliche Besitzer durch den Widerspruch des Repräsentanten die Untreue desselben erfahren hat ⁴¹⁾.

Was

41) Artikel 2238. Gleich dem römischen Rechte fordert also das französische Recht Kenntniß des vorigen Besitzers von der aufgehobenen physischen Möglichkeit.

Was den zweyten Fall anbelangt, so berührt das französische Recht von den vielen Arten unter denen derselbe vorkommen kann, nur eine einzige, nämlich die, wenn der Repräsentant absichtlich sein Verhältniß zu der Sache so aufhebt, daß nun ein Dritter den Besitz derselben erhält, und zwar in der Masse, daß dieser Uebergang unmittelbar vom Repräsentanten auf den Dritten (durch Tradition)

keit. Es beschränkt jedoch dieses Erforderniß nur auf den Verlust an den Repräsentanten, und verlangt daß diese Kenntniß von der aufgehobenen physischen Möglichkeit unmittelbar durch den Repräsentanten zum Bewußtseyn des Besitzers gelange. — *Le simple silence du propriétaire ne suffit pas; ainsi un fermier eût il été trente ans sans payer des fermages n'a point interverti, si on ne les lui a demandés; mais s'il a refusé de les payer, se prétendant propriétaire, il a interverti et peut dès-lors prescrire, si le véritable propriétaire ne fait aucunes poursuites ultérieures.* Delvincourt *l. c. vol. II. p. 370, 371. not. 3.* Hutteau zu Pothier *tr. de la prescript. not. 81. p. 194, 195.* Der Beweis aber, daß die bisherige Detention durch den Widerspruch gegen das Recht des Eigenthümers in einen juristischen Besitz verwandelt sey, liegt nach Artikel 2231. immer dem Repräsentanten ob. — Die Frage, ob nicht etwa hieraus eine allgemeine, auf den Verlust des Besitzes überhaupt sich beziehende Regel hergeleitet werden könne, wird weiter unten berührt werden.

tion) geschieht ⁴²⁾. In diesem Falle wird der Besitz für verloren angenommen, und der Dritte kann eine Verjährung anfangen.

42) Artikel 2239. Das römische Recht nahm bekanntlich in diesem Falle keine Uebertragung des Besitzes an, und es haben auch mehrere Appellationsgerichtshöfe gegen diesen Satz gewaltig reclamirt. Einige verlangten die Modification, daß der dritte Acquirer den Titel des Verkäufers nicht gekannt haben müsse (wodurch freylich nicht sowohl die Uebertragung des Besitzes, als vielmehr bloß die Statthaftigkeit der Verjährung bedingt wird) *car un acheteur de mauvaise foi ne doit pas être admis à prescrire. (Bordeaux)*. Andere forderten, daß der wirkliche Eigenthümer oder Besitzer von der Untreue des Repräsentanten Nachricht erhalten haben müsse; *l'article doit recevoir exception lorsque le propriétaire avoit juste cause d'ignorer l'intervention du titre, ou l'aliénation, parceque les détenteurs précaires seroient toujours restés en possession de l'immeuble par bail, rétention d'usufruit ou autre moyen semblable, pendant le quel temps la prescription ne court pas. (Grenoble, Orleans)*. Es darf nicht auffallen, daß hier immer nur von der Verjährung die Rede ist; am Ende reducirt sich alles doch nur auf den Besitz. Denn das abweichende und besondere liegt hier nicht darin, daß Verjährung in diesem Falle zugelassen wird, weil diese überall begründet wird, wo das *factum possessionis* sich vorfindet; sondern vielmehr darin, daß hier Verlust und Erwerb des Besitzes angenommen werden. Der Appellationshof von Lyon bemerkte dabey: — *le tiers qui acquiert d'un fermier,*
d'un

d'un engagiste, ne peut avoir plus de droit, que son cédant. Le danger, l'injustice de ces deux articles exigent leur radiation et leur remplacement de manière, que le tiers ne puisse prescrire qu'après que sa possession aura été formellement et judiciairement interverti avec le propriétaire, par un jugement à lui signifié ainsi qu'à la municipalité du lieu de la situation de l'immeuble, et par l'inscription du nouveau propriétaire, au rôle de la commune à la place de l'ancien. *Analyse des Observations etc.* p. 910, 912, 913, 914, 918. Pfeiffer *l. c.* B. III. Tit. 20. Kap. 3. Th. II. p. 676, 677. — Der grösseren Bestimmtheit und der Vollständigkeit wegen, mögen nun hier noch folgende Bemerkungen stehen: 1) der Artikel 2239. bezieht sich augenscheinlich nicht auch auf den Fall, wenn der Repräsentant ohne Rücksicht auf einen neuen Besitzer die Sache verlässt, und nunmehr ein Dritter sie occupirt. Wenn man nicht etwa blos daraus, dass der Art. 2239. die Statthaftigkeit der Verjährung nur auf den unmittelbaren Uebergang des Besitzes vom Repräsentanten auf den Dritten beschränkt, nun gleich auf die Unstatthaftigkeit derselben in dem letzteren Falle schliessen zu müssen glaubt, so würde wohl in diesem Falle gleichfalls Verlust und Erwerb des Besitzes angenommen werden müssen, gewissermassen durch einen Schluss a maiore ad minus: wenigstens finden sich doch in diesem letzteren Falle bey dem neuen Besitzer, der hier seinen Besitz aus seinem eigenen facto (der Occupation) herleitet, nicht diejenigen Bedenklichkeiten, die in dem ersten Falle, wo der Besitz vom Repräsentanten selber übertragen wird, einer Transferirung desselben im Wege stehen könnten. In Ansehung des Verlustes des Besitzes von Seiten des alten Eigenthümers oder Besitzers aber ist nicht abzusehen, warum hier das blosse Verlassen von Seiten des Repräsentanten

präsentanten weniger wirken sollte, als wenn er dabey die Sache unmittelbar einem Dritten übergiebt; denn dieser letztere Umstand begründet nur den Erwerb des Besitzes von Seiten dieses Dritten, und dieser ist nur um deswillen möglich, weil durch das bloße Verlassen des Repräsentanten der wirkliche Besitzer seinen Besitz verliert. Eine weitere Folge würde denn aber auch die seyn, daß man nun auch in dem dritten Falle, wenn nämlich der Repräsentant die Sache nur verläßt, ohne daß sie von jemanden occupirt wird, Verlust des Besitzes annehmen müßte; denn dieser Fall kommt ja mit dem nur erwähnten zweyten vollkommen überein, nur daß in diesem zweyten Falle noch dasjenige Factum — die nachmalige Occupation — hinzugekommen ist, unter dessen Voraussetzung einzig und allein von einer Verjährung die Rede seyn kann. Indessen ist nicht zu läugnen, daß die römischen Juristen wahrscheinlich in diesem letzten Falle bestimmt Fortsetzung des Besitzes angenommen, hingegen in den beyden ersteren Fällen über die Fortdauer oder Aufhebung des Besitzes gestritten haben. 2) Den Fall, wenn der Repräsentant wider seinen Willen aus dem physischen Verhältniß zu der besessenen Sache gesetzt wird, berührt der C. N. gar nicht. Das römische Recht nimmt in diesem Falle den Besitz ganz unzweifelhaft für verloren an, ohne dabey auf das Bewußtseyn des vorigen Besitzers Rücksicht zu nehmen. 3) Eine andere Frage, die vielleicht schon früher hätte berührt werden sollen, die aber der größeren Deutlichkeit wegen bis jetzt aufgespart wurde, ist die, ob auch nach dem französischen Recht zum Verluste des Besitzes (welcher bekanntlich nur an Grundstücken Statt finden kann) die Wissenschaft des vorigen Besitzers von dem aufgehobenen physischen Verhältnisse erforderlich ist, oder ob ohne Rücksicht hierauf der Verlust

des

des Besitzes sogleich für entschieden angenommen werden muß, sobald wie nur zu der Abwesenheit des Besitzers von der besessenen Sache noch etwas anderes hinzukommt, was die physische Möglichkeit willkührlicher Einwirkung aufhebt. Für die erstere Meinung spricht ohne Zweifel die Bestimmung des Art. 2238., daß der Besitz erst dann an den Repräsentanten verloren gehen solle, wenn die Untreue desselben dem bisherigen Besitzer bekannt geworden; wenigstens war der Grund, warum das römische Recht in diesem Falle immer erst Kenntniß des Besitzers von der Untreue des Repräsentanten forderte, kein anderer, als die von den allgemeinen Grundsätzen über den Verlust des Besitzes admittirte Ausnahme, daß bey Grundstücken der Besitz nicht früher verloren gehe, als bis der Besitzer die aufgehobene physische Möglichkeit der Einwirkung erfahren habe. Das französische Recht erwähnt dieser Ausnahme nicht, wohl aber eines unmittelbar daraus hergeleiteten Satzes, und es kommt nun darauf an, ob man von diesem auf jene schließen zu dürfen glaubt. Der Art. 2238. welcher durch die von dem Repräsentanten vorgenommene Transferirung der Sache auf dritte Personen, Verlust des Besitzes auf Seiten des bisherigen Besitzers annimmt, kann hier nicht im Wege stehen, denn einmal ist der Fall, wenn in der Abwesenheit des Besitzers sein Grundstück von einem andern occupirt wird, von dem andern, wenn der Repräsentant es einem dritten übergiebt, oder ein dritter es, nachdem es der Repräsentant verlassen, occupirt, doch immer darin verschieden, daß sich der Repräsentant in der Absicht den Besitz aufzugeben wegbegiebt, und es der Begriff eines Repräsentanten gewissermaßen mit sich bringt, daß alles was von ihm geschieht oder ihm widerfährt so angesehen wird, als geschehe es von dem Besitzer selber, oder widerfahre ihm selber;

zwey-

zweytens haben freylich die römischen Juristen darüber gestritten, ob auch solche Handlungen des Repräsentanten auf den Besitzer bezogen werden können, bey denen es augenscheinlich ist, daß sie mit dem eigentlichen Zweck der Repräsentation, welcher ohne Zweifel in Erhaltung und Fortsetzung des Besitzes besteht, in Widerspruch stehen, wohin ohne Zweifel alle diejenigen *facta* gehören, welche Verlust und Aufhebung des Besitzes zur Folge haben; allein diejenigen, welche auch in diesen Fällen Verlust des Besitzes angenommen haben, haben ihn bloß von den Handlungen des Repräsentanten abhängig gemacht, ohne auf die Kenntniß des eigentlichen Besitzers Rücksicht zu nehmen. Der Verlust des Besitzes an den Repräsentanten selber kann nicht aus dem nämlichen Gesichtspuncte beurtheilt werden, weil hier der Repräsentant, indem er sich selber den Besitz anmaßt, augenscheinlich nicht als Repräsentant handelt, sondern gewissermaßen selber, als der dritte Occupant erscheint, der sich in Abwesenheit des eigentlichen Besitzers der Sache bemächtigt. Das Resultat von diesem allem würde denn dahin gehen, daß auch nach französischem Rechte aller Besitz, mit Ausnahme der Fortsetzung durch Stellvertreter, nicht anders als durch *animus* verloren werden kann. Damit ist nicht gesagt, daß der Besitzer das Recht des Besitzes immer freywillig aufgeben müßte, sondern nur so viel, daß selbst in dem Falle, wo der Verlust des Besitzes eigentlich durch das Wegfallen des physischen Verhältnisses bewirkt wird, immer eine neue Bestimmung in dem Bewußtseyn des Besitzers vorkommen muß, wenn der Besitz wirklich verloren seyn soll.

§. 7.

Jeder Besitz wird durch possessorische Klagen geschützt⁴³⁾; es muß also jetzt die denselben zum
Grunde

43) Ueber die Wirkungen des Besitzes nach französischem Rechte mögen hier im Allgemeinen folgende Bemerkungen hinreichen: 1) die Verjährung kann, wie schon an einem andern Orte gezeigt worden, mit vollem Rechte als eine reine Wirkung des eigentlichen Besitzes angesehen werden, da gegenwärtig weder *iustus titulus* noch *bona fides* als wesentliche Bedingungen derselben erscheinen. Von den possessorischen Rechtsmitteln läßt sich das nemliche behaupten, wofern man den Besitz nur nicht so, wie er bisher dargestellt worden ist, d. h. als bloße Verbindung von physischer Innehabung und *animus domini* annimmt, sondern es muß vielmehr erst durch diesen Besitz das *ius possidendi* begründet werden, von dem dann die possessorischen Rechtsmittel wieder eine unmittelbare Folge sind; so daß man sie also den petitorischen Klagen in sofern gleichstellen kann, als auch diese nicht als Wirkung des Besitzes selber, sondern erst des durch den Besitz begründeten Rechtes angesehen werden können. 2) In dem Artikel 2279. darf man nicht wohl eine Wirkung des Besitzes suchen. Der Erwerb des Besitzes ist hier freilich der Grund des Eigenthumes selber, d. h. das was die neueren Juristen *modus acquirendi* nennen. Allein der Besitz, als eigener dauernder Zustand, ist keineswegs der

Grunde liegende allgemeine Ansicht untersucht werden. Um die Eigenthümlichkeiten des französischen

Grund dieses erworbenen Rechtes, da er selbst erst in dem Augenblicke anfängt, mit welchem das Eigenthum erworben wird. In Ansehung der unbeweglichen Sachen ist die Tradition gar keine Erwerbungsart mehr, und der andere Fall des römischen Rechtes, in welchem mit dem Besitz zugleich Eigenthum erworben wurde, und Verjährung also weder möglich noch nöthig war, nämlich die Occupation, kann nach dem französischen Rechte gar nicht vorkommen. Auf diesen Artikel 2279 scheinen sich auch die Bestimmungen der Artikel 1141. 2076. 2102. nr. 1. 2. zu beziehen und damit zusammen zu hängen. 3) Ob das Retentionsrecht als eine Wirkung und als ein Recht der *possessio naturalis* aufgeführt werden könne, wie Einige gethan haben, z. B. Heise *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts* (Heidelb. 1807) p. 15, dürfte wohl um deswillen bezweifelt werden, weil die Ausübung desselben doch immer noch durch andere Rücksichten und Bedingungen modificirt ist. Uebrigens wird es sowohl in Beziehung auf bewegliche als auch auf unbewegliche Sachen erwähnt; Vgl. Artikel 2082. 1948. 867. In den beiden ersteren Fällen suchte man es vorzüglich aus dem Gesichtspuncte eines Unterpfandes zu rechtfertigen. In Ansehung des Artikels 2082. ist dieses leicht begreiflich, und in den Privatdiscussionen sowohl (*Discussions du*

arr. 1632.

sischen Rechtes hier desto deutlicher hervorzuheben, scheint es zweckmässig die allgemeinen Ansichten

du C. C. etc. vol. II. p. 698, 699. Berlier) als auch in den öffentlichen Verhandlungen (Berlier Exposé des motifs etc. Vol. VI. p. 196. Gary discours au Corps législatif etc. ibid. p. 202.) angedeutet worden, aber auch dem Depositar wird in Ansehung der gehaltenen Auslagen ein privilège beygelegt, weil der Artikel 1948. die deponirte Sache gewissermaassen zu seinem Unterpfande mache. Réal Exposé des motifs etc. vol. VI. p. 34. Favard discours au Corps législatif etc. ibid. p. 41. — 4) Auch die Bestimmung des Artikels 549, daß der b. f. possessor an den Früchten der besessenen Sache das Eigenthum erwerben solle, kann nicht wohl ausschließlich auf den Besitz reducirt werden. Die bona fides, vermöge welcher der Besitzer Eigenthümer der besessenen Sache zu seyn glaubt, wirkt hier am meisten. Das Gesetz betrachtet die Sache so, als ob wirklich während dieser Zeit ein wahres Eigenthum vorhanden gewesen wäre, und es liegt also gewissermaassen eine juristische Fiction zum Grunde. Man nannte es auch im älteren Recht ein prätorisches Eigenthum, und wenn gleich diese Benennung heut zu Tage unpassend ist, so läßt sich doch wohl behaupten, (wovon die weitere Ausführung nicht hierher gehört) daß der bona fides im neufranzösischen Rechte im Allgemeinen die nämlichen Wirkungen beygelegt sind. Vgl. Portalis

sichten des römischen Rechtes über die possessorischen Rechtsmittel in gedrängter Kürze vorausschicken.

Der Besitz bezieht sich bekanntlich auf zwey Hauptwirkungen, auf possessorische Rechtsmittel und auf Verjährung; in ersterer Hinsicht ist von einer *possessio* schlechtweg, in letzterer von einer *possessio civilis* die Rede. Schon durch die Benennung wird gewissermaßen das zwischen beiden
 Statt

Esposé des motifs etc. vol. II. p. 39, 40. Faure Rapport au tribunat etc. vol. II. p. 52. Grenier Discours au Corps législatif etc. ibid. p. 71, 72. —

5) Wenn man endlich die Freyheit vom Beweise als eine Wirkung des Besitzes aufführt, so wird hier der Begriff des Besitzes immer in einer sehr weiten Bedeutung, und für den factischen Zustand der Ausübung irgend eines Rechtes genommen. Diese Ansicht liegt jenem Satze wohl allerdings zum Grunde (wie dies vorzüglich gut gezeigt ist in Schnell *Abhandlungen über das Bernische Civilrecht, Abhdl. II. p. 27 - 31*), allein eine andere Frage ist es doch immer, ob auch der gesetzliche Begriff des Besitzes so weit gehe, und ob man gut daran thue jenem factischen Zustande gleichfalls diese Benennung ohne alle nähere Modification zu geben, und dann die Freyheit vom Beweise neben die Verjährung und die übrigen possessorischen Klagen als Wirkungen eines und des nehmlichen Verhältnisses neben einander zu stellen.

Statt findende Verhältniß angedeutet. Jeder Besitzt giebt nämlich schon an und für sich die Interdicte, und es kommen dieselben überall zur Anwendung, wo sich die Charaktere des Besitzes vorfinden. Die Verjährung hingegen wird nicht durch den Besitz allein bedingt; nicht bloß weil man besitzt oder besessen hat, erwirbt man das Eigenthumsrecht, sondern es müssen zu dem Ende noch andere Eigenschaften dabey concurriren. Daher die Folge: in der *possessio civilis* ist immer zugleich die *possessio* schlechtweg enthalten, nicht aber umgekehrt. — Der Grund, warum der bloße juristische Besitz ohne alle Rücksicht auf seine sonstige Beschaffenheit durch possessorische Klagen geschützt wird, liegt darin, weil durch sie Handlungen abgewendet werden sollen, die schon durch ihre bloße Form unrechtlich sind. Nicht also um deswillen stehen sie zu, weil der Besitz durch sie gestört wird, — denn da der Besitz an und für sich kein Rechtsverhältniß ist, so ist auch dessen Störung keine Rechtsverletzung — sondern um deswillen, weil durch diese Besitzstörung immer zugleich ein anderes Recht mit verletzt wird, z. B. wenn die Besitzstörung gewaltsam geschieht, weil in der bloßen Gewaltthätigkeit ein Unrecht liegt. Nur die Exceptionen, welche dem Beklagten gegen die einzelnen Interdicte zustehen

hen ⁴⁴⁾, könnten es etwas zweifelhaft machen, ob der bloße Besitz allein die Bedingung der possessoris-chen Klagen enthalte, oder ob nicht derselbe zugleich gewisse bestimmte Eigenschaften an sich haben müsse. Dieses widerlegt sich aber theils schon durch die bloße Form der Exceptionen, woraus hervorgeht, daß sie sich auf keinen, das eigentliche Klagrecht erst begründenden, Umstand beziehen können, theils durch eine genauere Betrachtung dieser Exceptionen selber, welche auf einen Fehler

- 44) *Exceptio possessionis violentae, clandestinae et precariae*. Diese Einreden finden durchgängig bey allen Interdicten, das einzige interdict. de cloacis ausgenommen, ihre Anwendung. Nur zwey Fälle kennt das römische Recht, wo zur Begründung der Interdicte auch auf gewisse Eigenschaften des Besitzes als nothwendige Bedingungen Rücksicht genommen wird. Nämlich 1) wird bey den interdictis de itinere, actu, via auf die Dauer des Besitzes gesehen, und der eigentliche, durch possessorische Klagen geschützte, Besitz gewissermaßen erst durch eine 30tägige Ausübung der Servitut erworben. Die nehmliche Bewandniß hat es mit dem interd. de aqua quotid. vel aestiva ducenda in sofern, als die Servitut respectue im letzten Jahre oder in den letzten $1\frac{1}{2}$ Jahren ausgeübt seyn muß. Sodann wird 2) bey dem interd. de aqua quotid. vel aestiva ducenda bonae fidei possessio erfordert.

Fehler des Besitzes hindeuten, (*exceptiones vitiosae possessionis*.) Es sollen nämlich dieselben keineswegs soviel sagen, als müsse der Besitz, um possessorische Klagen begründen zu können, keinen der durch sie angezeigten Mängel an sich haben, sondern sie beziehen sich nur auf den Besitz des Klägers in specieller Beziehung auf den Beklagten; nur in Beziehung auf diesen letzteren muß der Besitz von den genannten Mängeln frey seyn. Der Grund liegt darin, weil, wenn man hier nach der Regel verfahren wollte, der Beklagte doch gleich wieder ein Interdict auf Wiedererlangung des Besitzes haben würde. Anstatt also den Beklagten in dem ersten Interdict verlieren, und dann in einem zweyten Proceß gewinnen zu lassen, wird durch eine Abkürzung des Processes gleich jetzt der Kläger abgewiesen.

Das französische Recht hingegen ist hier von ganz andern Grundsätzen ausgegangen, oder man hat vielmehr die Dispositionen des römischen Rechtes ganz anders angesehen; denn aus diesen hat sich doch ganz unverkennbar die ältere französische Gesetzgebung über possessorische Klagen gebildet; und auf diese weist wieder das neuere Recht hin.

Die

Die possessorischen Klagen ⁴⁵⁾ werden nämlich nicht auf die allgemeine in jeder Störung an und für

45) *actions possessoires*; nur diese allgemeine Bezeichnung findet sich im C. de P. C. Es ist die Distinction des älteren französischen Rechtes in *complainte* und *action de réintégrande* bekannt. Die erstere war ein *interdict, retinendae possessionis*, letztere ein *interdict, recuperandae possessionis*. Man findet diese Distinction schon in der *Ordonnance de 1667. tit. XVIII. p. 97 - 100*. Notre droit françois donne aussi au possesseur, quel qu'il soit, pour l'un et pour l'autre cas, une action, qu'on appelle *complainte*. Lorsque le possesseur l'intente pour le cas auquel il est troublé dans sa possession, elle s'appelle *complainte pour force ou pour desaisine*, autrement *action de réintégrande*. Pothier *traité de la possess. Ch. VI. nr. 84. vol. IV. p. 551*. Vgl. auch *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance Civile du mois d'Avril 1667 etc. p. 257, 258. de Ferriere, Nouvelle introduction à la pratique etc. Voc. complainte, Réintégrande. vol. I. p. 344, 345. vol. II. p. 500, 501*. Der *Praticien françois* bemerkt, wie ich glaube, sehr richtig; nous ne voyons aujourd'hui aucune nécessité, de laisser subsister cette distinction: le Code même paroît avoir voulu l'éviter. En effet dès que dans l'un et dans l'autre cas, il n'y a toujours qu'une action *possessoire*, il est plus simple de s'en tenir à cette seule dénomination. *Liv. I. Ch. VII. Sect. III. §. 1. vol. I. p. 173, 174*. Hutteau zu Pothier *tr. de la poss. not.*

für sich liegende Rechtsverletzung, sondern vielmehr auf ein, so zu sagen, durch den Besitz begründetes Recht bezogen, welches durch jene Störung verletzt werden soll. Wäre das erstere der Fall, so würde begreiflich bey der Frage von der Begründung der possessorischen Klagen auf alle bloß juristischen Gründe, welche den Erwerb eines Rechtes begründen oder unmöglich machen, überall nicht Rücksicht zu nehmen seyn; vielmehr müßten die possessorischen Klagen zur Anwendung kommen können, sobald nur der Besitz, wie er bisher bestimmt worden, als Bedingung vorhanden wäre, an dem sich die schon ihrer Form nach widerrechtliche Handlung äußern könnte. So verhält sich es aber nicht im französischen Recht. Dieses stellt nämlich den Satz auf, daß nach einer allgemeinen Präsum-

not. 36. p. 63. hat freilich auch Recht, wenn er sagt, *la différence de ces deux actions derive essentiellement de la différence du trouble apporté à la possession*, allein es wird unten gezeigt werden, daß beide Fälle gar nicht mehr rechtlich von einander unterschieden sind. Nichts desto weniger findet man diese Distinction noch bey Comaille *l.c. liv. I. tit. IV. Art. 1. nr. 50. vol. I. p. 54.* und bey Pigeau, *la procédure civile des tribunaux de France. liv. III. Voc. petitoire et possessoire §. I. vol. II. P. II. p. 475.* welcher auch jedes Rechtsmittel besonders abhandelt.

Präsumtion derjenige, welcher besitze, vorläufig als Eigenthümer angenommen werden müsse, und die possessorischen Klagen folglich als provisorische Vindicationen anzusehen seyen, deren Entscheidung freilich bey einer folgenden Untersuchung, dem petitorio, eben sowohl geändert als bestätigt werden könne ⁴⁶). Man hat diese allgemeine Vermuthung eines

46) So die älteren und neueren französischen Rechtsgelehrten, z. E. Pothier *Commentaire sur la Coutume d'Orleans tit. XXII. Sect. III. nr. 40. vol. II. p. 609. Ces droits* (que la possession donne au possesseur) *résultent d'une présomption de droit en faveur du possesseur, qui le fait présumer et réputer propriétaire de la chose qu'il possède, tant qu'elle n'est pas réclamée par le propriétaire, et même vis-à-vis du vrai propriétaire qui la réclamerait, tant qu'il n'a pas encore justifié de son droit. Derselbe in seinem traité de la possession Ch. VI. nr. 83. vol. IV. p. 550. A l'égard des droits que donne la possession qui sont communs à tous les possesseurs, le principal est qu'elle les fait réputer par provision propriétaires de la chose qu'ils possèdent, tant qu'elle n'est point revendiquée par celui qui en est effectivement le propriétaire, ou qui a droit de la revendiquer; et même après qu'elle a été revendiquée, jusqu'à ce que celui qui l'a revendiquée ait justifié de son droit. — Pigeau l. c. liv. III. Voc. petitoire et possessoire §. I. vol. II. P. II.*

eines vorläufigen Eigenthumes auch wohl so ausgedrückt, dals man gesagt hat, der Besitzer habe vermöge

P. II. p. 475. tout propriétaire ayant intérêt de jouir de ce qui lui appartient, on doit présumer jusqu'à la preuve du contraire, qu'il n'abandonne pas son bien et par conséquent que tout possesseur est propriétaire. C'est sur cette présomption qu'est fondée la maxime: possession vaut titre jusqu'à la preuve du contraire. D'ailleurs l'ordre qui doit regner dans la société ne permettant pas qu'on puisse se faire justice à soi même il en résulte qu'on ne doit pas s'emparer d'une possession avant de l'avoir obtenue de l'autorité de la justice. — Praticien françois P. I. liv. I. tit. IV. Sect. III. § IV. tom. I. p. 186, 187. und am deutlichsten bey Lepage l. c. §. 1, 3, 4. Th. I p. 102, 103, 104. Man findet diese Ansicht auch in den früheren projets de C. C. z. E. in dem vom 22. fruct. an II. liv. II. tit. VIII. art. 135. p. 65. la possession n'est qu'un fait; tout possesseur est présumé propriétaire jusqu'à preuve contraire; und mit den nämlichen Worten im Projet de C. C. von Cambacérès vom Messidor an IV. liv. II. tit. IX. art. 685. p. 252. vorzüglich aber in einer Bemerkung des Appellationshofes von Caen zum Artikel 16, 17 des tit. de la prescript. (2234, 2235 des C. N.) Analyse des Observations p. 910, 911. les rédacteurs n'ont point parlé de la possession par an et jour d'un immeuble, ni de ses effets; elle appartient cependant au droit civil; et ce droit réel dans lequel

möge seines Besitzes ein *ius possidendi* oder ein Recht zu besitzen, welches durch die possessorischen Klagen geschützt werde; und anstatt dafs man

lequel le possesseur doit être provisoirement maintenu étoit consacré par plusieurs coutumes, notamment celle de Paris; les formes de procéder sur cette action appartiennent seules au Code judiciaire. Il importe donc de faire un article de loi, qui règle les effets de cette possession; cela est d'autant plus nécessaire que l'ordonnance de 1667 n'est pas en vigueur dans toute l'étendue de la France. C'est encore à tort que l'on consacre en principe, que la possession actuelle ne fait pas présumer l'ancienne, s'il n'y a titre. Une vérité écrite par tout, c'est que celui qui possède par an et jour, quoique sans titre, est provisoirement réputé propriétaire et possesseur ancien: et cette présomption ne se détruit que par la preuve contraire d'une possession ancienne, ou le rapport d'un titre. Vergl. auch die Bemerkung des Appellationshofes von Rouen ad art. 16. (2234.) Analyse des Observations p. 921. Die nehmliche Ansicht findet man auch in einem Erkenntnis des Cassationshofes vom 23. Novbr. 1808 ausgesprochen, wodurch ein Urtheil des Tribunals erster Instanz zu Bayonne cassirt wurde, weil es über eine servitus discontinua ein possessorisches Verfahren eingeleitet hatte. Jurisprudence de la Cour de Cassation etc. par J. B. Sirey etc. An 1809, Cah. 1. livrais. 1 et 2. p. 36. — Vergl. Savigny l. c. §. 36. p. 336 — 339.

man bisher das Recht welches *aus* dem physischen Besitze fließt (*ius possessionis*) von dem Rechte *zum* physischen Besitze (*ius possidendi*) genau distinguirte, so macht nunmehr das französische Recht das letztere gleichfalls zu einem *ius possessionis*, in sofern als der Besitz, wie es bisher bestimmt worden, als die Bedingung desselben angesehen werden muß. Der Erwerb des eigentlichen Besitzes, welcher jene Vermuthung eines vorläufigen Eigenthumes begründet, ist nämlich durch mehrere Voraussetzungen bedingt, die oben bey der Frage vom Erwerb desselben nur angedeutet werden konnten, und deren eigentliche Ausführung des Zusammenhanges und der Deutlichkeit wegen bis hierher aufgespart werden mußte. So wie das Eigenthumsrecht, in sofern als es durch einen eine gesetzlich bestimmte Zeit hindurch fortgesetzten Besitz verjährungsweise erworben wird, eine Wirkung des Besitzes genannt werden kann, eben so liegt auch dem eigentlichen Besitze und dem *iuri possidendi* gewissermaßen eine Art von Verjährung zum Grunde, indem ein jeder welcher eine Sache eine gesetzlich bestimmte Zeit hindurch auf die gesetzlich bestimmte Weise besessen, also das Eigenthumsrecht diese Zeit hindurch wenigstens factisch ausgeübt hat, eben dadurch den eigentlichen Besitz, vermöge dessen er als vorläufiger Eigenthümer

angese-

angesehen wird, erworben hat, oder um die Sache anders auszudrücken, eben dadurch in Beziehung auf diese Sache ein *ius possidendi* d. h. *ein Recht* dieselbe auch ferner zu besitzen in sofern erlangt hat, als nun niemand, der nicht aus petitorischen Gründen sein *ius possidendi* oder seine Befugnisse zum physischen Besitze darzuthun im Stande ist, ihn daraus verdrängen darf, vielmehr wider alle dagegen gemachte Versuche rechtlich geschützt wird. Die anscheinende Sonderbarkeit, daß der eigentliche Besitz erst durch eine Verjährung soll erworben werden, da die Verjährung doch selber als Wirkung des Besizes angesehen werden zu müssen scheint, wird sich erst durch den weiteren Verlauf dieser Abhandlung aufklären lassen.

Die Ordnung, nach welcher der folgende Theil dieser Abhandlung eingerichtet werden muß, ergibt sich hieraus von selber. Es muß nämlich zuerst die Frage von der Erwerbung des eigentlichen durch possessorische Klagen geschützten Besizes, oder des *iuris possidendi* hier vollends in ihrer Beantwortung zu Ende geführt werden, worauf man dann die Untersuchung von dem Schutze des Besizes oder den possessorischen Klagen selber, ihren Bedingungen und Wirkungen füglich folgen lassen kann.

Dasjenige wodurch der Erwerb des iuris possidendi oder die Begründung der Vermuthung, vermöge welcher der Besitzer vorläufig als Eigenthümer angesehen wird, im Allgemeinen bedingt ist, ist der Besitz auf die schon früher bestimmte Art und Weise, d. h. Detention der Sache verbunden mit animus domini oder der Absicht die Sache als die seinige zu behandeln. Wie dieses physische Verhältniß entstehe und begründet werde, davon ist schon oben gesprochen worden. Das französische Recht drückt dieses Erforderniß nur negative aus, indem es den Satz aufstellt, daß man, um possessorische Klagen anstellen zu können, kein possesseur à titre precaire seyn dürfe ⁴⁷⁾).

Die

- 47) Nämlich dies und nichts anderes kann darunter verstanden werden, wenn es heißt, es dürfe der Besitzer kein *possesseur à titre precaire* seyn. art. 23. des C. de P. C. Es erhellt dies aus dem Art. 2236. und 2239 des C. N. wo die *fermiers, depositaires* als *possesseurs precaires* aufgeführt und denjenigen welche *proprio nomine* besitzen, entgegengesetzt werden. Bigot Préameneu *Exposé des motifs etc.* vol. VI. p. 300. la règle suivant laquelle on est toujours présumé posséder au même titre doit être mise au nombre des principales garanties du droit de propriété. Cette présomption ne doit céder qu'à des preuves

Die übrigen Bedingungen beziehen sich theils auf gewisse Eigenschaften des Besitzes, theils auf die Dauer desselben.

Die

preuves positives. Tel seroit le cas où le titre de la possession de celui qui tient pour autrui se trouveroit interverti. Ce titre peut être interverti par une cause provenant d'une tierce personne; *il peut l'être par le possesseur à titre de propriétaire s'il transmet cette espèce de possession à celui qui ne tenoit que précairement.* — Goupil Prefeln discours au Corps législatif etc. vol. VI. p. 319. Pothier tr. de la possession Ch. VI. Sect. I. § III. nr. 96. p. 554, 555, und Domat l. c. liv. III. tit. VII. Sect. I. §. 10. vol. II. p. 481. verbinden freylich mit der possession précaire immer die Begriffe des römischen Rechtes und eben darauf scheint auch Charrond's possession artificielle (worunter er nur eine possession par précaire versteht) hinauszulaufen, obwohl er ihr ohne alle Einschränkung die possessorischen Klagen abspricht. Comment. sur la Cout. de Paris art. 96. p. 96. Allein wenn vielleicht schon damals diese Erklärung mit dem einmahl ausgebildeten gesetzlichen Begriffe in Widerspruch stand, so ist sie gewiss bey dem neufranzösischen Rechte, in welchem der oben angegebene Begriff so deutlich wie möglich ausgesprochen ist, noch viel weniger zulässig. Dennoch liegt sie bey dem Westphälischen C. d. P. C., welcher in diesem Titel nur eine Uebersetzung des französischen ist, zum Grunde; im Art. 392. heisst es

Die ersteren sind folgende: 1) der Besitz muß unzweifelhaft seyn, d. h. es darf über das Factum des

es nehmlich: *man müsse sich, um eine possessorische Klage anstellen zu können, aus einem nicht bloß auf Gefälligkeit beruhenden Grunde im Besitze befunden haben*, und eben so findet man die Sache bey Pfeiffer erklärt *l. c. B. II. p. 674. not. k. p. 676.* — Schon in der *Ordonnance de 1667* sind die Worte *à autre titre que de fermier ou possesseur précaire* ohne Zweifel in der oben angegebenen Bedeutung genommen worden, wie dies schon durch die bloße Nebeneinanderstellung des Pächters und *possesseur précaire* wahrscheinlich wird. In dem schon oft angezogenen *Nouveau Commentaire etc. p. 256.* heißt es dabey: *il faut donc être propriétaire ou usufruitier ou possesseur animo domini pour pouvoir intenter cette complainte.* — de Ferriere nimmt den *possesseur à titre de précaire* gleichfalls ganz in diesem Sinne; er könne keine possessorische Klage anstellen *parceque celui qui possède au nom d'un autre n'a pas la possession civile (d. h. animo domini)* laquelle est requise pour intenter cette action. *Nouvelle Institution Coutumière liv. IV. tit. V. art. 2. not. c. vol. III. p. 490.* Vergl. seinen Begriff vom *précaire* und von der Beschaffenheit der darauf beruhenden Detention *liv. III. tit. V. art. 37. not. c. vol. II. p. 313.* Das *precarium* ward allgemein mit zu denjenigen Arten gerechnet, wie man durch einen andern besitzen könne; S. Argou *Institution au droit françois liv. II. tit. 9. vol. II. p. 226.*

G



des Besitzes an und für sich weiter kein Zweifel
obwal-

p. 226. car comme celui qui a une fois acquis la possession civile de son domaine la retient par les mains de l'usufruitier quand il en transfère l'usufruit à une autre personne, et par les mains de celui qu'il en laisse jouir à titre de précaire etc. Daher erklären auch die Commentatoren, selbst wenn die Coutumes die Worte des römischen Rechtes non vi, non clam, non precario aufgenommen haben, die letzteren doch immer dahin, daß damit angedeutet werde, daß der possessor nomine alieno auf die possessorischen Klagen nicht Anspruch machen könne; z. E. L'Hoste zur *Coutume de Lorris, Montargis etc. Ch. XXI. art. 1. vol. II. p. 325, 326.* und eben so sagt de Ferriere in seiner *Nouvelle introduction à la pratique Voc. Complainte, vol. I. p. 345.* Il n'y a que celui qui a été en possession par an et jour non vi, non clam, non precario, qui la puisse intenter, c'est à dire, qu'il faut qu'il fasse voir que sa possession a été publique, sans violence et à autre titre que de fermier ou possesseur précaire. Bey den neueren Schriftstellern ist die Sache gar keinem Zweifel unterworfen. In der *Explication des termes et Collection des règles du droit par J. B. Delaporte (Paris 1806. 8. der letzte Band von den Pandectes françoises) Voc. précaire p. 121.* heißt es: ce mot dans sa signification originaire indique tout ce dont on a obtenu la possession par prière et pour autant de temps seulement qu'il plaira au propriétaire. Nous
appelons

obwalten (possession non équivoque)⁴⁸⁾. 2) Der Besitz muß öffentlich seyn, (possession publique) so daß es dem Gegner möglich ist Kenntniss davon zu haben⁴⁹⁾. 3) Der Besitz darf nicht mit Gewalt erwor-

appelions précaire tout titre qui exclut la propriété; und sub voc. posséder heisst es unter andern p. 119. on possède précairement quand on possède en vertu d'un titre qui exclut la propriété, comme le bail, le prêt, l'usufruit et autres titres de ce genre. Vergl. Lepage l. c. liv. I. Sect. IV. Art. I. §. 5. vol. I. p. 106. Comaille l. c. P. I. liv. I. tit. IV. Art. I. nr. 50. vol. I. p. 55. — Pigeau l. c. läßt sich auf diesen Punct gar nicht ein. Der Praticien françois liv. I. tit. VII. Sect. III. §. III. vol. I. p. 180. bemerkt: on a toujours entendu par possesseur à titre précaire, celui qui n'avoit qu'une possession éventuelle, ou qui n'étoit détenteur que pour un temps; quelques uns même y ajoutèrent celui qui n'avoit qu'une possession naturelle ou de fait sine animo domini; und doch heisst es gleich unten in der not. 1. nous ne parlons pas ici de cette autre signification qu'on donnoit au contrat, qu'on appelloit constitut ou précaire. Dann ist es aber schwer in dem obigen einigen Sinn zu finden.

48) Cette possession doit avoir été, durant cet intervalle — *non équivoque* — Favard Rapport etc. p. 193. S. Meine Darstellung der Lehre von der Verjährung § 11. p. 84. not. 44.

49) Cette possession doit avoir été, durant cet intervalle, — *publique* — Favard Rapport etc. p. 193. —

erworben seyn, d. h. ein auf Gewalthandlungen beruhender Besitz kann durch keine Länge der Dauer die

il faut pour qu'il soit fondé dans son action, qu'il soit depuis une année au moins en possession paisible et *publique*. Comaille *l.c.* nr. 50. vol. I. p. 54. — Warum die *clandestinité* im Artikel 2229. nicht besonders hervorgehoben, darüber S. Hutteau zu Pothier *tr. de la poss. not.* 12. p. 19. Maleville *ad art. cit. Th. IV.* p. 431. Auch schon das alte Recht stellte die *possession publique* als allgemeine Bedingung der *possessorischen Klagen* auf, also nicht bloß in bestimmter Beziehung auf den Gegner. Vergl. die *Ordonnance de 1667. tit. XVIII. art. 1.* p. 97. und dazu den schon öfter angeführten *Commentaire* p. 256. nr. 4. ferner de Ferrière *Nouvelle Institution Coutumière liv. IV. tit. V. art. II. vol. II.* p. 489, 490. *Nouvelle introduction à la Pratique, Voc. Complainte, vol. I.* p. 345. il n'y a que celui qui a été par an et jour non vi, non clam — qui la puisse intenter, c'est à dire qu'il faut qu'il fasse voir, que sa possession a été *publique* etc. *Les principes de la jurisprudence françoise exposés suivant l'ordre des diverses espèces des actions qui se poursuivent en justice par M. Prevôt de la Jannés etc. (Paris. 1759. voll II. 8.) liv. I. tit. I. nr. 22. vol. I.* p. 33. pour pouvoir intenter la complainte, quatre conditions sont nécessaires — 2) que la possession ait été *publique*. In dem *Projet de C. C. von Cambacérès (Paris an V.)* heisst es *liv. II. tit. 9. art. 687. p. 252.* celui qui possède

die Präsomtion eines vorläufigen Eigenthumes, folglich auch nicht die possessorischen Klagen begründen. Er wird vielmehr nur erst von dem Augenblicke an fähig nach Verlauf einer gewissen bestimmten Zeit in den eigentlichen Besitz verwandelt zu werden, wo die Gewalt mit welcher sich der Usurpator in seinem angemafsten Besitze bisher behauptete, aufgehört hat ⁵⁰⁾. 4) Der Besitz muß ein

sède publiquement et paisiblement un immeuble depuis un an doit être provisoirement maintenu en cas de trouble ou de violence. — Ob aber nach dem neu französischen Rechte bey Grundstücken ein heimlicher Besitz denkbar sey, und ob die Oeffentlichkeit des Besizes überhaupt als eine besondere Eigenschaft des Besizes aufgeführt werden könne, diese Frage ist schon oben berührt worden.

- 50) Der *possession sans violence* erwähnt weder der *art. 23. des C. de P. C.* noch Favard *l. c.* Wollte man auch die *possession paisible* von factischen Besitz Störungen verstehen, so würde sie sich doch immer nur auf Gewaltthätigkeiten, die von dritten Personen zugefügt werden können, beziehen; die *possession sans violence* hingegen bezieht sich auf die Gewaltthätigkeiten, durch welche der Besitzer selber in Besitz gekommen ist, und sich in demselben erhält. Bey Domat allein *l. c. liv. III. tit. VII. Sect. I. §. XVI. vol. II. p. 484.* scheint die *possession paisible* auf die *vitia possessionis* bezogen zu werden. Auch in dem Artikel 2229. des C. N. worin alle

ein ruhiger Besitz seyn ⁵¹⁾ (*possession paisible*); ihm steht entgegen die interruption civile der Verjährung ⁵²⁾, in sofern als der Besitz nur dadurch aufhört

alle zur Begründung der Verjährung erforderliche Eigenschaften des Besitzes aufgeführt werden sollen, ist die *possession sans violence* übergangen. Uebrigens vergl. Artikel 2233. des C. N. Die *Ordonnance de 1667. tit. XVIII. art. I. p. 97.* verlangt ausdrücklich *possession sans violence*. S. dazu den *Commentaire cit. p. 256. nr. 4. de Ferriere Nouvelle Institution Coutumière liv. IV. tit. V. art. II. vol. II. p. 489, 490. Nouvelle introduction à la pratique Voc. Complainte vol. I. p. 345. Loisel l. c. liv. V. tit. 4. art. 10. p. 309. qui a jouy par an et jour ... non vi, non precario en a acquis la saisine et possession. Prevôt de la Jannés l. c. liv. I. tit. I. nr. 22. vol. I. p. 33. — 3) que la possession ait été sans violence.* — Uebrigens S. über den Begriff der violence, und über den Zeitpunkt von dem an die Verjährung zu berechnen ist, Huttean zu Pothier *tr. de la poss. not. 9. p. 15, 16*, wo er ausführt, daß der im Art. 112. aufgestellte Begriff der violence hier nicht anwendbar sey, und Maleville l. c. *ad art. 2233. Th. IV. p. 434.*

51) Les actions possessoires ne seront recevables, qu'autant qu'elles auront été formées par ceux, qui — étoient en *possession paisible* etc. art. 23. des C. de P. C. Favard Rapport etc. p. 193.

52) Die einzelnen Fälle der interruption civile enthält Art. 2244, 2245, 2246. des C. N.

aufhört ein ruhiger Besitz zu seyn, daß ein Fall der interruption civile eintritt. Das Eigenthümliche des französischen Rechtes besteht hier darin, daß es diese bürgerliche Unterbrechung auf eine Eigenschaft des Besitzes bezieht, welche es als eine unablässliche Bedingung in allen den Fällen ansieht, wo durch die Dauer des Besitzes etwas bewirkt und begründet werden soll, und welche eben durch jene interruption civile aufgehoben werde ⁵³). Dadurch

- 53) Diese Bedeutung der possession paisible ist weitläufiger ausgeführt in der *Darstellung der Lehre von der Verjährung* §. 11. not. 49, p. 89 - 95. Viele *Coutumes* erklären sie auch selber durch den Beysatz *possession sans inquiétation*, und wo man diesen letzteren Ausdruck allein findet, da übersetzen ihn die Commentatoren immer durch *possession paisible* und beziehen sich zur deutlicheren Erklärung wohl außerdem noch auf die c. 2. C. VII. 33. *de praescr. longi temp.* Es wird hinreichen hier auf folgende vorzüglich gut commentirte *Coutumes* verwiesen zu haben. *Coutume de Paris* art. 113, 118. und Charond *Commentaire etc. ad art.* 113. p. 116. nebst Gin *Analyse raisonnée du droit françois* (Paris 1787. 4.) tit. XXXIII. Sect. III. p. 516, 517. *Coutume d'Amiens* tit. XIX. art. 160. im *Coutumier de Picardie* vol. II. p. 419. und Adrian de Heu *ibid.* p. 429. not. 27. *Coutume de Châlons* art. 146. im *Coutumier de Vermandois*; vol I. p. 67. und Louis Billecart *ibid.* p. 127. *Coutume d'Or-*

durch also wird es erklärt, wie in den einzelnen Fällen, in denen das Gesetz eine bürgerliche Unterbrechung annimmt, die Verjährung unterbrochen werden könne, da doch der Besitz ununterbrochen fort dauert, und in Ansehung seiner Existenz selber überall

d'Orleans tit. XIV. art. 261. vol. I. p. 400. und dazu Pothier *ibid.* — Dafs der C. N. auch in andern Materien die *possession paisible* auf die Sicherheit gegen eine von irgend einem andern etwa zu erhebende Klage bezieht, erhellt aus Artikel 1625, 1719. — und dafs diese Beziehung auch hier bey der Frage von dem Erwerb der possessorischen Klagen zur Anwendung komme leidet keinen Zweifel, wenigstens würden die Gegner beweisen müssen, dafs man gerade hier diesen Ausdruck in einem ganz verschiedenen Sinne genommen habe. Der *Praticien françois* sagt l. v. I. Ch. VII. Sect. III. §. III. vol. I. p. 178. *cependant celui — qui n'a pas possédé paisiblement pendant ce temps, et sans être inquiété, n'a pas droit d'intenter l'action possessoire.* Die Störung welche hier etwa durch eine Klage bewirkt wird, muß jedoch unmittelbar den Besitz betreffen, kann also nur durch eine possessorische Klage bewirkt werden. Nimmt man übrigens die *possession paisible* in der angegebenen Bedeutung, welche durch die ganze den possessorischen Klagen zum Grunde liegende Ansicht bestätigt wird, so ist kein Grund abzusehen, warum auch nicht die in Ansehung der interruption civile vorgeschriebenen Bestimmungen des Art. 2247. hier sollten zur Anwendung kommen können.

überall keine Veränderung erleidet. Im römischen Rechte aber, welches die Eigenschaft eines ruhigen Besitzes keineswegs zur Begründung der Verjährung erfordert, liegt der Grund, warum in den einzelnen unter der *interruptio civilis* enthaltenen Fällen die Verjährung unterbrochen wird, in einer ganz eigenen Ansicht des Civilrechtes, welcher zufolge der Besitzer nach der *litis contestatio* so angesehen wird, als besitze er nicht mehr. In dieser Hinsicht ist auch die Benennung einer *interruptio civilis* erklärbar, weil nämlich die Verjährung nur civiliter unterbrochen wird und die Sache nur dem Civilrechte nach diese Wendung erhält ⁵⁴). Dagegen scheint diese Benennung im französischen Rechte keine besondere Bedeutung mehr zu haben. Endlich 5) ist es nicht genug, daß der zur Begründung der possessorischen Klagen erforderliche Besitz von Seiten aller rechtlichen Störungen
 ruhig

54) Daher haben die französischen Schriftsteller über das römische Recht Unrecht, wenn sie auch hier immer die *interruption civile* unmittelbar auf eine Eigenschaft des Besitzes beziehen, wie z. E. Pothier *tr. de la prescr. P. I. Ch. II. Art. 3. nr. 38. p. 591.* und seine *introduc. au titre des prescriptions de la Coutume d'Orleans vol. II. p. 383, 384.* Hier belegt er alles mit Stellen aus dem römischen Rechte. Domat *l. c. liv. III. tit VII. sect. IV. prooem. vol. II. p. 508, 509. sect. IV. §. 1. p. 517. sect. V. §. 8. p. 534. §. 15. p. 538.*

ruhig und sicher sey, sondern es muß dieß auch in Ansehung aller factischen Störungen der Fall seyn. Das Gesetz sagt dieses freylich nicht, allein es liegt gewissermaßen in der Natur der Sache, daß, wenn das Gesetz gewisse Wirkungen nicht von dem Besitze an und für sich, sondern nur von dem Besitze als einem dauernden Zustande abhängig macht, damit auch schon von selber gesagt ist, daß der Besitz während dieser ihm vom Gesetze vorgeschriebenen Zeit factisch ununterbrochen gewesen seyn muß; denn sonst fällt gerade das weg, worauf das Gesetz hier das meiste Gewicht legt, nämlich die Dauer, und es läßt sich ein dauernder Zustand gar nicht denken, am wenigsten beym Besitze, welcher als etwas rein - factisches nach einer einmahl erlittenen Unterbrechung einer Wiederanknüpfung und Fortsetzung nicht fähig ist. Da nun, wie zum Theil schon aus dem Bisherigen hervorgeht, und in dem Folgenden noch deutlicher werden wird, die Erwerbung und Begründung des eigentlichen Besitzes, so weit er durch possessorisches Klagen geschützt werden soll, vermittelt einer wirklichen Verjährung geschieht, so kann man die factischen Störungen, von denen hier der Besitz während der gesetzlich bestimmten Zeit frey seyn soll, füglich eine interruption naturelle nennen, welcher bekanntlich die possession continue et non interrompue entgegensteht. Diese hier ausgeführte Ansicht

Ansicht der Sache wird denn auch durch die öffentlichen Verhandlungen vollkommen bestätigt⁵⁵⁾. Eine schwierige Frage bleibt indessen noch zu beantworten übrig, nämlich die, wie hier diese interruption naturelle bestimmt werden solle, ob nämlich der Besitz hier durch eine jede Aufhebung des facti possessionis oder des animi possidendi sogleich verloren gehe, oder ob er auch hier erst dann für unterbrochen anzusehen sey, wenn er dem Besitzenden über ein Jahr lang entzogen gewesen. Man könnte vielleicht für die letztere Erklärung anführen, daß, da der Erwerbung des eigentlichen Besitzes allerdings eine Verjährung zum Grunde liege, die interruption naturelle schon um deswillen, in dem angegebenen letzteren Sinne angenommen werden müsse, weil das Gesetz sie in dieser Maasse in Beziehung auf die Verjährung überhaupt festsetze und bestimme, ohne Rücksicht auf die längere oder kürzere Dauer, binnen welcher die Verjährung vollendet werde, und ohne Rücksicht auf den Gegenstand, den sie betreffe, und der etwa durch sie erworben werden solle. Man würde hinzufügen können, daß die Gründe, durch welche
man

55) Cette possession doit avoir été, durant cet intervalle (d'un an) *continue et non interrompue*, paisible etc. Favard *Rapport etc.* p. 193. — Vergl. Maleville *l.c. ad art. 2229. Th. IV. p. 432.* Hutteau zu Pothier *de la prescription*, not. 54. p. 116.

man den Artikel 2243. zu rechtfertigen gesucht habe, ganz allgemein seyen ⁵⁶⁾, und folglich auch ihrer Wirkung nach hier zur Anwendung kommen müßten, so wie endlich dafs, wenn die Erwerbung des eigentlichen Besitzes durch eine jede factische Unterbrechung würde verhindert werden können, in sofern ein sonderbares Verhältniß entstehen könnte als man z. B. das Eigenthumsrecht durch Verjährung würde erwerben können, ohne doch bis dahin zu den possessorischen Klagen berechtigt zu seyn, indem es wenigstens denkbar sey, dafs man einen zur Erwerbung des Eigenthumsrechtes gehörig qualificirten und im Sinne des Artikels 2243. ununterbrochenen 30jährigen Besitz aufweisen könne, ohne doch in dieser ganzen Zeit ein einziges

56) Si, quand il s'agit d'un fonds, cette interruption ne s'est pas prolongée un certain temps, on présume que c'est une simple erreur de la part de celui qui s'en est emparé; on présume aussi, que celui qui étoit en possession s'en est réssaissi, ou a réclamé aussitôt qu'il a eu connoissance de l'occupation, et qu'il a aucunement entendu la souffrir; on a considéré, que si l'occupation momentanée d'un fonds suffisoit pour priver des effets de la possession, ce seroit une cause de desordre; que chaque possesseur seroit à tout moment exposé à la nécessité d'avoir un procès pour justifier son droit de propriété Bigot Prémeneu *Exposé des motifs, du projet de loi relatif à la prescription, vol. VI. p. 302.*

ges Jahr so ununterbrochen besessen zu haben, wie es zur Begründung des eigentlichen Besitzes nothwendig seyn würde. Allein aller dieser Gründe ungeachtet, wird der Artikel 2243. hier als völlig unanwendbar angesehen werden müssen, denn 1) beweist dieser Artikel auch umgekehrt den Satz, daß, um durch Verjährung irgend ein Recht zu erwerben, der eigentliche durch possessorische Klagen geschützte Besitz erfordert werde. Denn wenn der vertriebene Besitzer so lange wie er noch nicht über ein Jahr den Besitz entbehrt hat, noch immer für den eigentlichen Besitzer gehalten wird, und die Verjährung noch immer zu seinem Besten fortläuft, so kann begreiflich der Dejicient während dieser Zeit noch nicht den Besitz erworben haben, weil dieser Erwerb nothwendig einen Verlust auf Seiten des alten Besitzers voraussetzen würde. Erst, wenn das Jahr vollendet ist, und der alte Besitzer den Besitz und mit ihm die possessorischen Klagen und die Verjährung verloren hat, ist für den Dejicienten der Besitz begründet; er kann nun possessorische Klagen anstellen, und eine Verjährung anfangen. Daraus ergibt sich, daß die Verjährung, auf welche sich der Artikel 2243. bezieht, möglicher Weise immer erst in dem Augenblicke anfangen kann, wo der eigentliche, wahre, durch possessorische Klagen geschützte Besitz begründet wird. Hiermit fällt der obige erste und dritte Einwurf,

Einwurf, und das ganze Verhältniß ist nun etwa folgendes: es giebt gewissermaßen zwey Gattungen von Verjährung; die eine, wodurch erst der Besitz erworben wird; die andere, wodurch vermittelt dieses erworbenen Besitzes eines Rechtes, das Recht selber erworben wird. Der ersteren liegt der Besitz in der Maasse zum Grunde, wie ihn das römische Recht festsetzt, nämlich als Verbindung der physischen Innehabung mit *animus domini*; die letztere hingegen bezieht sich auf eine dem französischen Recht ganz eigenthümliche Ansicht vom Besitze. Diefs alles wird 2) bestätigt durch die Gründe, welche man zur Rechtfertigung des Artikels 2243. anführte ⁵⁷⁾. Man berief sich nämlich ausdrücklich darauf, daß nicht nur im römischen Recht,

57) *Dans tous les jugemens rendus à Rome en matière possessoire, et qui furent d'abord distingués sous le nom d'interdits il falloit pour se prévaloir des avantages de la possession nouvelle de toutes choses mobilières ou immobilières contre un précédent possesseur, que cette possession fut d'une année. La règle de la possession annale a toujours été suivie en France à l'égard des immeubles; elle est la plus propre pour maintenir l'ordre public. C'est pendant la révolution d'une année que les produits d'un an ont été recueillis; c'est pendant une pareille révolution qu'une possession publique et continue a pris un caractère qui empêche de la confondre avec une simple occupation. Bigot Préameneu l.c. p. 302.*

Recht, sondern auch von jeher in Frankreich der neue Besitzer immer erst nach Verlauf eines Jahres von seinem Besitze habe Vorthail ziehen können, woraus also nothwendig folge, daß bis dahin der alte vertriebene Besitzer seinen Besitz fortsetzen, und die Vorthelle desselben fortgenießen müsse. Endlich kommt 3) noch hinzu, daß, auch abgesehen davon daß der Artikel 2243. sich auf einen bereits erworbenen Besitz bezieht hier aber von einem erst zu erwerbenden Besitze die Rede ist, auch schon die Zeit, deren Ablauf zum Erwerb des Besitzes erfordert wird, einer Anwendbarkeit des Artikels 2243. widerstreitet ⁵⁸).

Was die Zeit betrifft, durch deren Ablauf der Besitz erworben wird, so ist diese auf ein Jahr bestimmt. Wer noch kein Jahr lang den Besitz ausgeübt hat, der hat noch nicht den eigentlichen Besitz,

58) *Les actions possessoires ne seront recevables, qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble par ceux qui depuis une année au moins étoient en possession etc. Art. 23. C. de P. C. — Lepage l. c. liv. I. Sect. IV. Art. I. §. 4.* folgert aus dem Satze, daß der Besitz sich auf ein volles Jahr belaufen müsse, daß der Kläger in diesem Verfahren nur seinen vierjährigen Besitz zu beweisen habe. Da ich nicht die französische Ausgabe, sondern nur die Uebersetzung in Händen habe, so kann ich nicht wohl beurtheilen, was damit gesagt seyn soll.

sitz, oder das Recht zu besitzen (*ius possidendi*), wie es oben festgesetzt worden, erworben, und es können folglich auch die Störungen seines Besitzes, nicht als Verletzungen eines Rechtes angesehen, und durch Klagen geschützt werden. Dieß in Ansehung der Dauer des Besitzes aufgestellte Requisit ist ganz allgemein und ohne alle besondere Beziehung auf das specielle Verhältniß, welches etwa zwischen dem gestörten Besitzer und demjenigen, welcher die Störung vorgenommen hat, Statt findet ⁵⁹⁾. Es sind jetzt die Bestimmungen über den Erwerb des eigentlichen Besitzes, durch welchen eine Klage auf Schutz im gestörten Besitze, oder auf Wiedereerlangung eines entzogenen Besitzes erst begründet wird, vollständig entwickelt, und es wird nun leicht seyn, die ursprüngliche Entstehung dieses ganzen Systemes nachzuweisen. Der erste und einzige Grund dazu liegt nämlich in der eigenthümlichen Ansicht welche man sich von der *praescriptio annalis* machte, die das römische Recht in Ansehung der possessorischen Klagen angeordnet hat. Von der Seite des entsetzten Besitzers betrachtete man sie als eine, wenn man sie so nennen darf, Extinctivverjährung, welche

59) Dieß erhellt aus dem angezogenen Artikel 23. des C. de P. C. und daß es in Ansehung des Verlustes des Besitzes die nämliche Bewandniß habe, zeigt der Artikel 2243. des C. N.

welche für ihn Verlust des Besitzes bewirke; von der Seite desjenigen aber, welcher sich mit Gewalt in den Besitz gesetzt hatte, als eine Acquisitivverjährung, welche dadurch, daß der dejicirte Besitzer keine possessorische Klage angestellt hatte, und also der Dejicient unangefochtener und ruhiger Besitzer (*possesseur paisible*) geblieben war, für diesen letzteren den Besitz und das Recht zu possessorischen Klagen begründe. Diesem zufolge hatte man freylich Anfangs immer nur den Fall vor Augen, wenn die mehr als einjährige Entbehrung des Besitzes von Seiten des Dejicirten gerade in dem fortdauernden Besitze des Dejicienten ihren Grund hatte. Dem ersteren, meinte man, versage das römische Recht nach dem Ablauf eines Jahres deswegen das Interdict, weil der Dejicient nunmehr den Besitz erworben, jener ihn also verloren habe; oder, schloß man auch wohl umgekehrt, weil der Dejicirte den Besitz jetzt verloren hat, so hat ihn der Dejicient nun erworben ⁶⁰). In der Doctrin fing man jedoch bald

60) Domat *l.c. liv. III. tit. VII. Sect. I. §. 18. vol. II. p. 485, 486.* celui qui prétend avoir été troublé dans sa possession, doit faire sa demande qu'on appelle complainte pour le possessoire, dans l'année à compter du jour qu'il a été troublé. Car s'il laisse sa partie en possession pendant une année, il a perdu la sienne quelque droit apparent qu'il pût y avoir.

bald an zu generalisiren, und kam denn so auf die allgemeinen Sätze, daß, ganz abgesehen von jenem ursprünglichen Verhältnisse und von einer früheren Störung der Besitz immer erst durch den Ablauf eines Jahres erworben und verloren werde; zwey Bestimmungen die man im älteren französischen

avoir. Mais il lui reste son action pour la propriété.
 — Ferner *liv. III. tit. VII. Sect. II. §. 30. vol. II. p. 504. La possession se perd aussi lorsqu'un autre vient à posséder et qu'il a possédé pendant une année. Car cette possession d'une année en la personne même d'un usurpateur, si elle a été paisible, le fait regarder comme un juste possesseur, et même comme maître, jusqu'à ce que le vrai maître établisse son droit pour recouvrer sa possession.* Vergl. auch Pothier *tr. de la poss. Ch. V. Art. II. §. I. nr. 76. Ch. VI. sect. IV. §. IV. nr. 102. p. 548, 556.* dem man jedoch nicht zur Last legen kann, daß er diesen Satz für einen römischen Rechtssatz ausgegeben habe; *tr. de la preser. P. I Ch. II. Art. III. nr. 40. p. 592.* Dagegen fällt es auf bey Argou, *Institution au droit françois liv. II. Ch. 9. tom. I. p. 225.* zu lesen: *il est certain et dans le droit et dans les mœurs, que dès le moment qu'un homme a été chassé par force et par violence, il cesse de posséder; mais il a une action qu'on appelle réintégrande, laquelle il peut intenter dans l'an et jour pour être rétabli dans la possession qui lui a été ôtée par force etc.*

schen Rechte durchgängig antrifft ⁶¹⁾), und die
dann

61) z. E. *Coutume d'Anjou art. 428. celui qui a tenu et possédé aucun héritage et chouse immeuble par an et par jour paisiblement a acquis la possession de la chouse et s'en peut defendre contre tous en matière possessoire. Coutumes du pays et duché d'Anjou (par Claude Pocquet de Livonnière. Paris. 1725. voll. II. fol.) vol. I. p. 1390. Coutume d'Orleans tit. XXII. art. 486. vol. II. p. 616. Coutume de Montargis Ch. XXI. art. I. vol. II. p. 324. Coutume de Poitou art. 399. und dazu den Commentator im Coutumier de Poitou vol. II. p. 655. wo der Commentator diesen Satz als droit commun supplirt, wiewohl die Coutume nichts davon enthält; und dasselbe thut in Ansehung der Coutumes du Gouvernement de Peronne. Mondidier et Roze art. 218. im Coutumier de Picardie vol. II. p. 93. der Commentator de la Villette, und in Ansehung der Coutume de Paris art. 96. Char rond p. 97. Vergl. ferner: Coutume de Valenciennes art. 92. p. 36. quiconque possède paisiblement quelque héritage ou aultre bien par an et jour, et que aultruy y veut clamer droit, tel possesseur demourera en sa possession tant que par loi et sentence il en sera débouté. Coutume de Rheims tit. VI. art. 187. p. 85. Celui qui par défaut d'avoir la première année possédé et joui paisiblement d'aucuns héritages, cens, rentes ou autres droits incorporels n'est recevable, pour raison d'iceux, à intenter cas de nouvellété. Si toute fois dès et de-*

dann auch von da in die neuere Gesetzgebung übergegangen sind ⁶²).

§. 9.

puis dix ans et par la plus grande partie du dit temps de dix ans, il a joui paisiblement, soit continuellement ou par intervalle des dites choses, encore qu'il ne soit fondé en titre, néanmoins est bien recevable d'intenter le cas de simple saisine afin d'être remis en la possession qu'il avoit perdue et icelle recouvrir. Und wörtlich eben so die *Coutume de Laon art. 134.* in den *Coutumes générales et particulières du baillage de Vermandois par Claude de la Fons (Metz et Paris. 1688. 12.) p. 184.* — *Loisel l. c. liv. V. tit. IV. art. 10. p. 309.* *Qui a jouy par an et jour d'aucune chose réelle, ou droit immobilier, par soy ou son prédecesseur non vi, non precario en a acquis la saisine et possession, et peut former complainte dans l'an et jour du trouble à lui fait.* *Prevot de la Jannes l. c. liv. I. tit. I. nr. 22. tom I. p 33.* pour pouvoir intenter la complainte quatre conditions sont nécessaires. *La première, qu'on ait possédé pendant l'année complete, à compter, en retrogradant, du jour de la demande.*

62) Sie finden sich auch im *Projet de C. C. par Cambacérès du Messidor an IV. liv. II. tit. 9. art. 687. 705. p. 252, 255.* In den öffentlichen Verhandlungen über den *C. de P. C.* leitete man den ersten Satz sehr richtig aus der *jurisprudence* her; *le Code dit*, comme l'ordonnance de 1667, *que l'action possessoire doit être formée dans l'année du trouble:*
mais

§. 9.

Es kommt nun darauf an weiter zu zeigen,
welche Bedingungen die wirkliche Ausübung der
possesso-

*mais il ajoute ce que la jurisprudence seule avoit
établi, que celui qui forme cette action doit être en
possession depuis un an au moins. Favard Rap-
port etc. p. 193. Der Praticien françois liv. I. Ch.
VII. Sect. III. §. III. vol. I. p. 178, 179. führt auch
den Grund dieser Bestimmung an: la raison est,
que s'il n'a pas possédé un an, sa possession n'a
pu s'asseoir, il n'a pas réellement été saisi, et
par ce motif, il ne peut agir pour se faire mainte-
nir ou rétablir. Domat l. c. beruft sich dabey auf
die Ordonnances von 1539. art. 61. und von 1667.
tit. XVIII. art. 4, 5. allein keiner von beiden ist
in ihnen enthalten. So irrig und verkehrt es nun
auch ist, diese Ansicht aus dem römischen Rechte
herleiten zu wollen, und so sehr auch diejenigen
Recht hatten, welche sich dagegen erklärten, so
irrig ist es doch auf der andern Seite, wenn man
nun die Bestimmungen des Art. 23. des C. de P. C.
aus dem römischen Rechte erklären will, und dieß
thut Pigeau l. c. liv. III. Voc. petitoire et pos-
sessoire §. I. Art. I. nr. I. vol. II. P. II. p. 476.
L'action en complainte peut être intentée par ceux
qui depuis une année au moins, sont en possession
paisible par eux ou les leurs à titre non précaire.
Si la possession a duré moins d'une année il faut
distinguer, si le trouble est formé par le précédent
possesseur qui a joui plus d'un an et qui a été
troublé*

possessorischen Klagen voraussetzt, und diefs sind nun folgende zwey Punkte: 1) Eine gewaltsame Störung des Besitzes (trouble), wobey es indessen, da hier von den possessorischen Klagen im Allgemeinen die Rede ist, nichts darauf ankommt, ob das physische Verhältniß des Besitzes durch die Störung wirklich aufgehoben und verloren wird, oder ob diefs der Fall nicht ist, und die Verletzung also nur darin besteht, daß entweder dem Besitzer einzelne Aeufserungen seiner Willkühr in Beziehung auf die besessene Sache verhindert werden, oder daß sich der Andere Handlungen des Besitzes anmaafst, ohne jedoch jenen selber aus dem Besitze zu

troublé ou dépossédé depuis moins d'un an; comme il est encore dans l'année de la plainte et le nouveau possesseur qui n'a pas encore accompli le temps de possession requis ne pourroit se plaindre du trouble. Mais si le trouble est apporté contre le possesseur de moins d'un an par un tiers qui n'a jamais possédé ou qui, s'il a possédé, a cessé de posséder depuis plus d'un an, et perdu par là l'action possessoire, ce possesseur peut se plaindre du trouble, quoiqu'il n'ait pas un an de possession. Autrement ce tiers pourroit, sans droit s'emparer d'un bien par voie de fait, et il n'y auroit aucune voie pour le reprimer. Diese Erklärung widerstreitet geradezu der ganz allgemeinen Bestimmung des Artikel 23. des C. de P. C. daß zur Anstellung einer possessorischen Klage in jedem Falle, wenigstens ein einjähriger Besitz erfordert werde.

zu verdrängen. Dieser letztere Umstand erklärt dann auch die Möglichkeit einer Verbindung der possessorischen Klagen mit dem Streite über das Eigenthumsrecht selber, zu dessen factischer Ausübung der Besitzer durch seinen bisherigen Besitz ein Recht zu haben behauptet (*ius possidendi*). Wer nämlich vor Gericht Besitzer zu seyn behauptet, thut eben durch diese Behauptung, wegen der großen Vorrechte, die der Besitzer als Beklagter genießt, Eingriff in den fremden Besitz, und durch diesen Eingriff ist die possessorische Klage begründet ⁶³).

2)

63) Vergl. §. 4. *Inst. IV. 15. de interdict. fr. 1. §. 2, 3. D. XLIII. 17. uti possidetis.* — Eine wirkliche factische Störung ist also zur Verletzung des Besitzes und zur Begründung der possessorischen Klagen keineswegs nothwendig. Im älteren französischen Rechte distinguirte man daher *troubles de fait* und *troubles de droit*, Loisel *l. c. liv. V. tit. 4. § XII. p. 309, 310.* Pothier *tr. de la possess. Ch. VI. Sect. I. §. IV. nr. 102. p. 556. Introd. au tit. XXII. de la Cout. d'Orl. Sect. III. § II. nr. 51. vol. II. p. 614. Commentaire sur l'Ordonnance de 1667. p. 255, 256.* Bey Anderen heisat es *troubles de fait* und *troubles de paroles*, z. B. Charond *ad art. 96, 97. der Cout. de Paris p. 97.* und in den *Pandectes franç. liv. IV. ch. 26. vol. I. p. 592.* Prevôt de la Jannes *l. c. vol. I p. 33.* de Ferriere *Nouvelle introduction à la pratique sub voc. Complainte.*

2) Die zweyte Bedingung ist eine negative Bedingung. Es können nämlich die possessorischen Klagen

plainte. vol. I. p. 345. und sub voc. trouble, vol. II. p. 735, 736. — On peut être troublé en sa possession — par paroles, quand on nous dénie un droit dont nous sommes en possession, ou quand par quelque acte on se qualifie possesseur de ce dont nous jouissons. Ce que l'on prend pour trouble. In dem angezogenen Commentaire sur l'Ordonnance de 1667. heisst es: le trouble de droit se fait, lorsqu'on forme une opposition, ou une demande judiciaire pour empêcher le possesseur d'un fonds d'en jouir. Der Ausdruck demande judiciaire ist wohl etwas zu allgemein, und nur auf die possessorischen Klagen zu beschränken. Il y a quelques Praticiens qui, pour tirer quelque avantage sur leur partie adverse, prennent pour trouble une demande petitoire et demandent être maintenu; en quoi ils s'abusent, parceque la demande en révendication porte avec soi reconnoissance que le defendeur est en possession. Telle demande donc au petitoire ne peut être prise pour trouble. L'Hoste in seinem Comment. zur Coutume de Montargis Ch. XXI. art. 5. vol. II. p. 332. Genau genommen kann freylich auch die possessorische Klage nie eine Besitzstörung bewirken; denn da, wie gezeigt werden wird, die Anstellung der Besitzklage auf Seiten des Klägers immer einen gegenwärtigen Besitz voraussetzt, so kann begreiflich, wenn die Klage völlig gegründet ist, auf der Seite des Beklagten kein Besitz

Klagen nur dann zur Ausübung gebracht werden,
wenn seit der vorgefallenen Besitzstörung noch
kein

sitz existiren, welcher durch diese Klage gestört werden könnte. Aber es läßt sich denken, daß nicht der Kläger, sondern der Beklagte in der That den Besitz hat, und in den meisten Fällen ist eben dieß die Behauptung des Beklagten und der Gegenstand des Streites. Auf diesen Fall nun, daß nämlich nicht sowohl der Kläger als vielmehr der Beklagte wirklich den Besitz hat, beziehen sich folgende zwey nicht unwichtige Bemerkungen: 1) weil der Beklagte als der eigentliche Besitzer durch die possessorische Klage des Klägers in seinem Besitze gestört wird, so kann er in dem Processe selber als Kläger angesehen werden; der ganze Proceß wird nun ein *judicium duplex*, und eine Folge davon ist, daß der Kläger eben so wohl als ob er wirklicher Beklagter wäre condemnirt werden kann, und hingegen der Beklagte auf dieselbe Weise, wie wenn er wirklich geklagt hätte, den Proceß gewinnen muß. Pothier *tr. de la poss. Ch. VI. sect. II. §. IV. nr. 103. p. 556.* par exemple, si quelqu'un prétendant avoir la possession de quelque héritage, dont je prétends de mon côté être le possesseur, donnoit contre moi une demande en complainte; étant assigné sur cette demande, je dois lui déclarer que je prends sa demande pour trouble fait à la possession en laquelle je prétends être de l'héritage, et lui former de mon côté la complainte, aux fins d'être maintenu en ma possession, et qu'il lui soit fait

kein volles Jahr abgelaufen ist. Der Grund dieser Bestimmung ist leicht aufzufinden. Da nämlich die

fait défenses de m'y troubler. 2) Liegt der Grund, warum der Kläger nicht der wirkliche Besitzer ist, nicht darin, daß er nach der von dem Beklagten erlittenen Störung ein Jahr hat verstreichen lassen, und auf diese Weise seinen vorigen Besitz verloren hat, sondern darin, daß seine Innehabung der Sache noch nicht die gesetzliche Zeit hindurch fortgesetzt worden ist, um in eigentlichen Besitz überzugehen, so wird dadurch, daß der Beklagte durch die erhobene Besitzklage in seinem Besitze gestört ist, und nun von seiner Seite dadurch, daß er dem Kläger den Besitz ablängnet, gegen diesen eine Störung vornimmt, die Verjährung wodurch der Kläger den eigentlichen Besitz erst erwerben sollte, unterbrochen. Dieses ist der Sinn des im älteren französischen Rechte durchgängig vorkommenden Satzes: *opposition vaut trouble de fait.* Loisel *l. c. liv. V. tit. 4. §. XVIII. p. 312.* Coutume de Montargis *Ch. XXI. art. 5. vol. II. p. 332.* Coutume d'Orleans *tit. XXII. art. 488. vol. III. p. 617.* und dazu Pothier: *c'est à dire l'opposition que je forme à la complainte qui m'est formée, en articulant possession contraire trouble et interrompt mon adversaire dans la possession par lui prétendue, tout ainsi que si je l'y troublois réellement, et empêche également que la prescription annale qui fait acquérir la possession ne coure à son profit.* — Uebrigens findet man den Unterschied zwischen *trouble*

die possessorischen Klagen als provisorische Vindicationen angesehen werden, und einzig und allein um deswillen zustehen, weil nach einer allgemeinen durch den Besitz begründeten Vermuthung der Besitzer vorläufig als Eigenthümer angesehen und als solcher geschützt wird, so ist es begreiflich, daß wenn der Besitz verloren geht, und also mit ihm diese Vermuthung des Eigenthumes aufgehoben wird, dann auch die possessorischen Klagen von selber wegfallen müssen. Der Besitz gehet aber dann verloren, wenn dem Besitzer über ein Jahr lang der Genuß einer Sache entzogen, oder die factische Ausübung eines Rechtes unmöglich gemacht war. Das Resultat hiervon ist, daß zur Anstellung der possessorischen Klagen immer ein gegenwärtiger Besitz erfordert wird, und daß wegen eines wirklich verlorenen Besitzes nie eine Besitzklage zusteht, eben weil der Besitz durch Handlungen der Gewalt allein nie verloren werden kann ⁶⁴).

Es

trouble de fait und *trouble de droit* factisch schon in der *Ordonnance de 1667. tit. XVIII. art. 3. p. 98.* und auch die neueren französischen Rechtsgelehrten haben ihn angenommen, Comaille *l. c. P. I. liv. I. tit. IV. Art. I. nr. 50. vol. I. p. 54.* Pigeau *l. c. liv. III. Voc. possessoire et petitoire §. I. vol. II. P. II. p. 475.*

64) Deutlich ist dieser Satz ausgesprochen von Domat *l. c. liv. III. tit. VII. Sect. I. §. 18. vol. II. p. 485, 486.*

Andrer

Es wird jetzt noch zu untersuchen seyn, welche Exceptionen das französische Recht etwa gegen die possessorischen Klagen zuläfst:

Die erste Frage die hier entsteht, ist die, in wiefern die Bestimmung, daß die Besitzklage innerhalb des Jahres der Besitzstörung angestellt werden solle, als eine Einrede der Verjährung etwa angesehen werden könne? Hier sind vielleicht mehrere Fälle zu distinguiren. Ist nämlich das factische Verhältniß des Besitzes durch die Störung, durch welche die Besitzklage begründet ist, wirklich aufgehoben, so kann hier von einer Verjährung der possessorischen Klage nicht wohl die Rede seyn: denn der Verlust des Besitzes und des darauf beruhenden iuris possidendi ist dann die Hauptsache, der Verlust der Klage nur eine unmittelbare Folge davon. Da es hiernächst sehr gut angeht, daß z. B. der Besitz des Eigenthumsrechtes an einer Sache dadurch beschränkt ist, daß sich ein Anderer in dem Besitze befindet einzelne bestimmte Einwirkungen auf dieselbe Sache vorzunehmen (Besitz von Dienstbarkeiten), so kann in dem Falle,

wo

Andrer Meinung ist Argou *Institution au droit françois liv. II. Ch. 9. tom. I. p. 225.* Remedia adipiscendae possessionis sind also schon aus diesem Grunde von dem Begriff der possessorischen Klagen gänzlich ausgeschlossen. — Vergl. Pfeiffer *a. a. O. Th. II. p. 671. not. z.* — Savigny *a. a. O. §. 35. p. 331 - 336.*

wo die Besitzstörung darin besteht, daß sich ein Anderer Handlungen des Besitzes anmaßt, ohne jedoch den alten Besitzer aus seinem Besitze zu verdrängen ⁶⁵⁾, gleichfalls von keiner Einrede der Verjährung die Rede seyn; denn für den gestörten Besitzer wird hier in Ansehung der bisherigen Unbeschränktheit seines Besitzes durch den Ablauf eines Jahres ein Besitz verloren, und von Seiten des Besitzstörers einer erworben. Die Aufhebung der Besitzklage ist also hiervon eine unmittelbare Folge, und wird nicht an und für sich durch den Ablauf der Zeit bewirkt. In dem Falle aber, wenn die Störung darin besteht, daß dem Besitzer einzelne Aeufserungen seiner Willkühr in Beziehung auf die besessene Sache durch einen Dritten verhindert werden ^{65 a)}, scheint es zweifelhaft, ob man deswegen, weil dem Besitzer ein ganzes Jahr lang die Ausübung einer einzelnen Aeufserung seines Besitzes verhindert und entzogen war, einen Verlust der vorigen Unbeschränktheit des Besitzes annehmen kann,

65) — *sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo per quod liberam possessionem aduersarii non relinquit* fr. 11. D. XLIII. 16. de vi.

65 a) Beyspiele in fr. 52. §. 1. D. XLI. 2. de acq. vel amitt. possess. fr. 3. §. 2, 3, 4. D. XLII. 17. uti possidetis. fr. 12. D. X. 3. communi diuid. fr. 15. D. X. 11. ad exhibendum.

kann, und ob also die nun etwa angestellte Besitzklage per modum exceptionis entkräftet wird, oder, weil der ihr als Fundament unterliegende gegenwärtige Besitz nicht mehr vorhanden ist, wegfällt. Denn von Seiten des Störers ist, wie weiter unten gezeigt werden wird, die Begründung eines Besitzstandes, welcher gerade diese Beschränktheit des Besitzes des gestörten Besitzers zum Gegenstande hätte, unmöglich. Uebrigens ist diese Frage ohne bedeutende practische Folgen, und nur in sofern theoretisch wichtig, als davon die Entscheidung der andern Frage abhängt, ob das französische Recht überhaupt in Ansehung der Besitzklagen eine *exceptio praescriptionis* zulasse oder nicht ⁶⁶).

Was

- 66) Die neueren französischen Rechtsgelehrten scheinen diesen Satz durchgängig aus dem Gesichtspuncte einer Verjährung anzuführen. *Comaille l. c. liv. I. tit. IV. Art. I. nr. 51. vol. I. p. 55. ce temps d'une année, qui est une véritable prescription annale, court contre toutes sortes de personnes, contre les mineurs et les interdits, de même que contre les majeurs et jouissant de tous leurs droits. Pigeau l. c. liv. III. Voc. petitoire et possessoire §. I. Art. I. nr. 3. tom. II. P. II. p. 476. on suppose que celui qui est resté plus d'une année sans se plaindre depuis le trouble a fait le sacrifice de l'avantage que sa possession lui avoit acquis. Praticien françois P. I. liv. I. tit. VII. Sect. III. §. IV. vol. I. p. 184. Hutteau zu Pothier tr. de la poss. not. 29. p. 47.* bemerkt

Was hiernächst die von der Entstehung des Besitzes hergenommenen Einreden anbelangt, welche im römischen Rechte vorkommen, so ist es leicht begreiflich, daß sie im französischen Recht gar nicht zur Anwendung kommen können. Denn, diese Einreden deuten nicht auf gewisse Eigenschaften des Besitzes, die zur Begründung der possessorischen Klagen nöthig wären, sondern der Hauptzweck ihrer Einführung bestand in einer beabsichtigten Abkürzung des Processes. Dieser Grund fällt jetzt gänzlich weg, folglich auch alle Form einer

bemerkt, dieses Jahr fange erst von dem Zeitpunkte zu laufen an, wo die Störung selber aufgehört habe. Augenscheinlich liegt auch hier die Ansicht zum Grunde als ob der Dejicient gegen den Dejicirten eine Verjährung vollende. Deshalb macht er auch not. 34. p. 37, 38 von dem Grundsatz, daß die possessorische Klage innerhalb des Jahres der Besitzstörung angestellt werden müsse, eine Ausnahme in dem Falle, où le possesseur a été déjete de sa possession par violence: cette exception est tirée de l'art. 2233. du C. C., qui porte, que les actes de violence ne peuvent fonder une possession capable d'opérer la prescription. Cela étant le possesseur est admis, même après l'année, à réclamer par l'action possessoire contre l'usurpateur car il faut au moins un an d'une possession paisible. A la vérité il n'y seroit pas recevable, s'il y avoit plus d'un an que la possession eût cessé d'être violente.

einer Einrede. Denn wer zum Beklagten in dem Verhältnisse eines gewaltsamen oder heimlichen Besitzers steht, der hat überhaupt, (nicht nur in Beziehung auf den Beklagten) noch keinen Besitz erworben, und ist folglich auch zu keinen possessorischen Klagen berechtigt. In Ansehung der *exceptio possessionis precariae* kommt noch hinzu, daß die *possessio precaria* nach den Begriffen der Römer dem französischen Rechte ganz unbekannt zu seyn scheint, indem es bey dem *precairen* Besitz gar keinen Uebergang des eigentlichen Besitzes annimmt, sondern vielmehr ein Repräsentationsverhältniß statuirt, und aus diesem Grunde weder Verjährung noch possessorische Klagen (nicht nur in specieller Beziehung auf den, in Ansehung dessen man *precario* besitzt, sondern überhaupt in Beziehung auf einen jeden Dritten) zuläßt ⁶⁷⁾.

Es

67) Was Lepage *l. c. liv. I. sect. IV. art. I. §. 3. p. 103.* hier will, ist wieder nicht gut einzusehen: er sagt nemlich, man habe den Rechtsgrundsatz angenommen, daß der Besitz die Stelle des Titels oder des Rechtsgrundes zu besitzen vertrete, bis dargethan sey, daß er fehlerhaft sey. Was soll hier unter dem *fehlerhaft* verstanden werden? In dem folgenden scheint er nun gar zur Begründung der possessorischen Klagen eine *possessionem bonae fidei* zu verlangen, denn er fährt fort: *hieraus folgt, daß derjenige, welcher in dem auf guten Glauben beruhenden*

Es sind jetzt nur über die Wirkung der possessorischen Klagen noch einige Worte hinzuzufügen. Der Zweck dieser Klagen ist natürlich der, daß die Störung des Besitzes aufgehoben werde, und dieses läßt sich am einfachsten so denken, daß für die Zukunft die Handlung verhütet wird, wodurch bisher der Besitz gestört wurde. Ob nun dieß durch das bloße Verbot des Richters erreicht wird, oder ob eine thätliche Execution dieses Befehles nöthig ist, und wie dann diese Execution bewerkstelligt wird, das ist gleichgültig, und richtet sich nach der Beschaffenheit des vorliegenden einzelnen Falles. Außerdem bedarf es aber wohl keiner Erinnerung, daß für die Störung in der vergangenen Zeit Ersatz geleistet werden muß ⁶⁸⁾, und daß bey

beruhenden Gebrauche einer Sache turbirt ist, wovon er Besitzer ist, die possessorische Klage erheben kann, um die Störung zu hemmen.

68) La contrainte par corps a lieu pareillement — pour la restitution des fruits qui en ont été perçus pendant l'indue possession, et pour le payement des dommages et intérêts adjugés au propriétaire. — La restitution des fruits et le payement des dommages et intérêts sont la suite de la même faute (de s'être emparé par voie de fait du fonds d'autrui) et doivent conséquemment assujettir à la même peine (i. e. à la contrainte par corps) Bigot Préameneu *Exposé des motifs etc. vol. VI. p. 170.*

bey der Bestimmung dieses Ersatzes nicht nur das
in

*Tout individu qui sera condamné par la justice à délaisser un fonds dont le propriétaire aura été dépouillé par voie de fait, et qui refusera d'exécuter le jugement doit la restitution des fruits, car il ne peut alléguer sa bonne foi: il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts; il sera pour le tout contraignable par corps. Mais celui qui a joui de bonne foi est souvent même dispensé de la restitution des fruits etc. Goupil Prefeln discours etc. vol. VI. p. 188. Man dürfte vielleicht zweifeln ob der Artikel 2060. *) welcher nur von der réintégrande*

*) Man hat diesen Artikel auf die Spolienklage bezogen (Zachariae l. c. §. 68. Zus. Th I. p. 103. Pfeiffer l. c. B. II. p. 557.) und es ist freylich nicht zu läugnen, daß der Name des darin gedachten Rechtsmittels unverkennbar seinen Ursprung aus der bekannten Stelle des Canon. Rechts herleite (c. 3. C. 3. qu. 1.) aus welcher man die Spolienklage herausinterpretirt hat. Allein man muß hier wohl sehr warnen, dadurch nicht die Uebertragung der bisherigen Spolienklage, wie sie sich in der Praxis ausgebildet hatte, in die neue Gesetzgebung für gerechtfertigt zu halten. Denn eines Theils findet sich im ganzen neu französischen Rechte außer dieser nur ein einziges mahl vorkommenden Benennung, überall nichts was mit der bisherigen, durch eine abusive Praxis eingeführten Spolienklage verglichen werden könnte, und anderntheils hat das ältere französische Recht von je her unter der *réintégrande* nicht das verstanden, was man in Deutschland in jene Stelle des canonischen Rechtes hineininterpretirt hatte. Diese Stelle, die überall kein neues Klagrecht anordnet, sondern ein solches nur voraussetzt,

in Betrachtung kommt, was der Besitzer durch jene

tegrande spricht, etwas in Ansehung der possessorischen Klagen überhaupt beweisen könnte: allein theils beruht die hier angegebene Wirkung derselben auf der allgemeinen Natur der Sache und nicht auf etwas der réintégrande ausschließlich eigenthümlichen, so dass man sie also sehr zweckmässig auf die possessorischen Klagen überhaupt extendiren kann; theils distinguirt das französische Recht, wie schon bemerkt ist, nicht mehr zwischen den possessorischen Klagen, und das besondere des Artikel 2060. liegt nicht in der mittelbar daraus folgenden Bestimmung, dass die réintégrande zugleich mit auf vollständigen Schadensersatz gehe, sondern darin, dass hier das Urtheil durch eine *contrainte par corps* soll exequirt werden können **), wie es schon

aussetzt, welches in den meisten Fällen ein römisches Interdict, in allen übrigen Fällen aber eine Vindication seyn wird, ist von den französischen Juristen stets von dem *interdicto unde vi* verstanden worden; und dieß ist auch in der *Ordonnance de 1667. tit. XVIII.* geschehen. Nur bey den älteren Juristen findet man wohl hin und wieder Spuren jener verkehrten Vorstellung, z. B. bey Charond *Pandectes franç. liv. IV. Ch. XXIV. p. 590.* Uebrigens beziehe ich mich hier der Kürze halber auf Pothier *tr. de la poss. Ch. IV. Sect. II. p. 557 - 565,* und auf Pigeau *l. c. liv. III. sub Voc. possessoire et petitoire. § I. Art. II. vol. II. P. II. p. 478.*

**) Nicht einmahl diesen persönlichen Arrest kann man als einen besonderen Vorzug der réintégrande betrachten. Sehr bald extendirte man die Vorschrift der *Ordonnance de 1667.* auf alle Fälle in denen die Abtretung eines Grundstückes anbefohlen war. (vorzüglich Jousse).

jene Störung wirklich verloren hat ⁶⁹⁾, sondern auch das was er zu erwerben versäumt hat.

§. 10.

schon die *Ordonnance de 1667. tit. XXVII. art. 3. p. 440, 441.* vorschreibt, welches Executionsmittel bey denjenigen possessorischen Klagen, welche nur auf Aufrechthaltung in einem noch habenden Besitze, und nicht auf die Wiedererlangung eines entzogenen Besitzes gehen, freylich nicht wohl zur Anwendung kommen kann. Dazu kommt, daß der Artikel 1382. hier vollkommen concludent ist, und daß der Artikel 27. des C. de P. C. deutlich eine solche Verbindlichkeit zum Schadensersatz voraussetzt; er ist aus der *Ordonnance de 1667. tit. XVIII. art. 4. p. 99.* genommen, wo es heist: celui contre lequel la complainte ou réintégrande sera jugée ne pourra former la demande au petitoire, si non après que le trouble sera cessé, et celui qui aura été dépossédé retably en la possession, avec restitution de fruits et revenus, et payé des dépens, dommages et intérêts, si aucuns ont été adjugez etc.

69) Folglich auch alle andere Sachen, welche etwa durch die dejectio mit verloren sind, und welche
entweder

Der Appellationshof von Paris verlangte diese Extension auch für den C. C. Il faut rendre cette disposition plus générale. Il convient de l'étendre à tous jugemens qui ont condamnés à délaisser la possession d'un fonds, autres que ceux en matière de réintégrande qui sont l'objet du précédent alinea. Cette omission se rencontre aussi, quoiqu'en dise Jousse, dans l'art. 3. du titre XXVII. de l'ordonnance de 1667. *Analyse des Observations des Cours d'appel etc. p. 632* dadurch mag wohl der Artikel 2061. veranlaßt worden seyn.

§. 10.

Wiewohl der Besitz seiner eigentlichen Natur nach nur auf körperliche Sachen oder vielmehr nur auf dasjenige Recht bezogen werden kann, welches
seiner

entweder in natura oder ihrem Werthe nach restituirt werden müssen. Diefß ist nun der einzige Fall wo auch nach dem Französischen Rechte eine possessorische Klage gewissermaßen auf bewegliche Sachen gehen kann: im älteren französischen Rechte war dieß gleichfalls keinem Zweifel unterworfen. z. E. Charond zum *art. 47. der Cout. de Paris p. 97.* *cette complainte ne compete que pour chose de fonds et immeuble — et n'appartient aux meubles, si non qu'ils approchent et adhèrent à la chose de fonds et héritage, ou que soit université des meubles, comme en succession mobiliare etc.* L'Hoste zur *Coutume de Montargis Ch. XXI. art. 6. vol. II. p. 333.* *à cet article il faut ajouter les exceptions, si non qu'il fût question de l'universalité des meubles, — ou bien que la complainte pour meubles fût en conséquence de quelques immeubles etc.* Pothier *tr. de la poss. Ch. VI. Sect. II. §. I. nr. 107, 108. p. 558.* Eben so verhielt es sich ja auch im römischen Rechte. Das eigentlich nur unbewegliche Sachen zum Gegenstande habende *interdictum unde vi* wurde in dieser Hinsicht auch bey beweglichen Sachen zugelassen. Selbst in den Worten des Edicts war dieser Fall besonders bestimmt, *fr. 1. pr. D. XLIII. 16. de vi quaeque tunc ibi habuit cf. fr. 1. §. 32, 33, 34, 37, 38 eod. — Savigny l. c. §. 40. p. 383.*

seiner Beschaffenheit nach mit dem Gegenstande, an dem es Statt findet, gewissermaßen identisch ist, und daher auch im Sprachgebrauche des gemeinen Lebens nicht von demselben distinguirt zu werden pflegt, so war es doch sehr natürlich, auch die bloße factische Ausübung derjenigen Rechte, welche als einzelne Bestandtheile des Eigenthumsrechtes von demselben abgesondert und für sich bestehend sind, und sich wie jenes unmittelbar auf körperliche Sachen beziehen, nach den nehmlichen Grundsätzen zu beurtheilen. Diese Anwendung findet sich denn auch im römischen Rechte sowohl wie im französischen 70), und es sollen nun die wichtigsten der hier in Frage kommenden Rechte, in Beziehung auf Besitz und possessorische Klagen genauer untersucht werden. Im Allgemeinen muß aber hier zuvörderst bemerkt werden, daß, da das
 französische

70) Diefes erhellt nicht nur aus dem im Artikel 2228. des C. N. aufgestellten Begriff vom Besitze, sondern auch aus den Artikeln 690, 691. Das den Appellationshöfen mitgetheilte *Projet de C. C.* enthielt sogar einen besonderen Artikel hierüber: *liv. III. tit. XX. Ch. II. art. 10. p. 907. la possession ne s'applique proprement qu'aux choses corporelles, soit mobilières soit immobilières. On possède improprement des droits corporels, tels que les servitudes et autres, par le genre de possession dont ils sont susceptibles.* — S. Hutteau zu Pothier *tr. de la poss. not. 14. p. 26.*

französische Recht die Bedingungen der possessorischen Klagen ohne alle bestimmte Beziehung auf ein besonderes einzelnes Recht festsetzt, und in Beziehung auf diejenigen Rechte, an denen nur eine quasi possessio Statt findet, keine besonderen eigenthümlichen Erfordernisse vorschreibt, in dieser Hinsicht bey allen diesen Rechten nichts zu erinnern seyn wird. Die Hauptfrage wird also wohl nur die seyn, ob bey diesen Rechten überhaupt Besitz, folglich auch ein possessorisches Verfahren Statt habe, und, wenn diess der Fall ist, wie derselbe bestimmt werden müsse.

Die Dienstbarkeiten theilen sich bekanntlich in dingliche oder Grunddienstbarkeiten, und in persönliche Dienstbarkeiten ⁷¹⁾; von beiden muß hier besonders gesprochen werden.

Die

71) Artikel 688, 689. Im älteren französischen Rechte findet man diese Distinction nicht allgemein; sie findet sich z. B. in der *Coutume du baillage de St. Mihiel tit. X. art. 5. p. 82. Coutume de Metz tit. XVI. art. 5. p. 114.* In den übrigen Coutumes findet man keine so allgemeine Gränzlinie, vielmehr werden diejenigen Dienstbarkeiten, bey denen eine Abweichung von der Regel und besondere Bestimmungen eintreten sollen, oder bey denen vielleicht Besitz und Verjährung gänzlich wegfallen sollen, immer namentlich aufgeführt; z. E. *Coutume de Verdun tit. XV. art. 3. p. 114. Coutume de Melun tit. XII. art. 187. (Paris. 1687. 8.) p. 169, 170.*
Coutume

Die Grunddienstbarkeiten theilt das französische Recht in ununterbrochen fortdauernde und nicht ununterbrochen fortdauernde (*continues et discontinues*), und eine jede Classe wiederum in sichtbare und unsichtbare (*apparentes et non apparentes*). Bey beiden treten in Ansehung der Statthaftigkeit des Besitzes und der possessorischen Klagen verschiedene Grundsätze ein.

- 1) Bey allen ununterbrochen fortdauernden und zugleich sichtbaren Dienstbarkeiten erkennt das französische Recht Erwerb durch Verjährung an, d. h. eine solche factische Ausübung derselben, welche alle die Eigenschaften hat, um eine bestimmte Zeit fortgesetzt das Recht selber zu begründen ⁷²). Der Erwerb des Besitzes

Coutume de Rheims art. 315, 380 - 384. im Coutumier de Vermandois vol. II. p. 531. Coutume de Montargis Ch. X. art. I. Ch. XXI. art. 2, vol. I. p. 384. vol II. p. 327, 328. Coutume d'Amiens im Coutumier de Picardie, tit. XIX. art. 165. vol. II. p. 447. Vergl. Gillet Discours au Corps législatif sur la loi du C. C. concernant les servitudes ou services fonciers. vol. II. p. 148.

- 72) Artikel 690. Car des actes journaliers et patens, exercés pendant si longtemps sans aucune réclamation ont un caractère propre à faire présumer le consentement du propriétaire voisin: le titre même a pu se perdre: mais la possession reste et ses effets ne sauroient

sitzes und der denselben schützenden possessorischen Klagen ist aber durch die nehmlichen Voraussetzungen bedingt und gewissermaassen nur die erste Stufe von der Verjährung überhaupt. Es läßt sich also gar kein Grund denken, warum man hier keinen Besitz annehmen sollte, wenigstens müßte man im entgegengesetzten Falle die quasi possession überhaupt verwerfen ⁷³⁾. Die Bestimmung des Erwerbs und der Erhaltung des Besitzes dieser Servituten kann keinen Schwierigkeiten unterworfen seyn.

sauroient être écartés sans injustice. Berlier *Exposé des motifs etc. vol. II. p. 126.* — On a pensé qu'une possession de trente ans étoit suffisante pour acquérir une maison ou un fonds de terre; il n'y a pas de raison de la regarder comme insuffisante pour acquérir sur cette maison ou ce fonds de terre un droit de servitude dont l'exercice et le signe extérieur de cet exercice auroient duré pendant trente ans au vu et su du propriétaire, sans contradiction de sa part, et le droit romain a prévalu. Albisson *Rapport au tribunal etc. p. 137.*

- 73) Dieser Schluß von der Statthaftigkeit der Verjährung auf die Zulässigkeit des Besitzes, und eben so umgekehrt, ist wohl keinem Zweifel unterworfen. Der Cassationshof hat die Richtigkeit desselben in folgender Bemerkung zum C. de P. C. anerkannt: *en matière de servitude urbaine ou rurale, l'action possessoire n'est recevable que lorsque la servitude peut se prescrire.*

seyn, da sie immer in einer dauernden Anstalt bestehen, durch deren Daseyn das Recht wirklich ausgeübt wird.

- 2) Alle übrigen Dienstbarkeiten, sie seyen nun ununterbrochen fortdauernd, aber zugleich nicht sichtbar, oder nicht ununterbrochen fortdauernd (ohne Unterschied ob sichtbar oder nicht sichtbar) gehören unter eine und dieselbe Kategorie ⁷⁴⁾. Aufser Zweifel ist es, dass das
franzö-

74) Die Präliminairfrage ist also immer die, zu welcher von beiden Classen eine bestimmte Dienstbarkeit zu rechnen sey. Si le propriétaire du fonds dominant fait des travaux sur le passage, s'il en fait sur un chemin afin d'en supprimer les boues, ou les autres incommodités, s'il y fait transporter des graviers ou d'autres ouvrages très durables et très apparens, ce passage ou ce chemin seront ils servitude continue ou discontinue, apparente ou non apparente? Et par rapport au puisage, si l'on ne peut en user sans un sentier ou chemin, soit battu ou réparé par des ouvrages de main d'homme très apparens, ce puisage sera-t-il une servitude continue ou discontinue, apparente ou non apparente? Il est à désirer qu'en revisant le Code on decide d'une manière formelle, si des chemins battus, des sentiers abusifs, qui laissent des traces visibles et apparentes de leur existence peuvent ou non s'acquérir par une possession trentenaire. L'intérêt de l'agriculture exige que tous droits de chemin, passage, puisage paccage et
autres

französische Recht bey ihnen eine Verjährung durch bloßen Besitz nicht anerkennt, daß wenig-
 andres semblaibles, ne puissent s'acquérir que par titre lors même qu'ils laissent des traces visibles de leur existence. Grenoble in der *Analyse des Observations etc.* p. 421. — Nous pensons que dans ce cas la servitude doit être regardée comme continue et apparente; car les chemins ou les ouvrages subsistans attestent à chaque instant l'existence de la servitude. Il est difficile de nier que celui ci soit une servitude continue; car il est dans la même classe qu'une porte et une fenêtre. Je ne passe pas continuellement par la porte que j'ai sur l'héritage voisin, mais la porte dépose continuellement du droit que j'ai de le faire. De même je n'use pas à chaque instant du chemin que j'ai sur cet héritage, mais ce chemin atteste à chaque instant que cet usage m'est dû. *Pandectes françoises vol. V. p. 489. 490.* Aber der Cassationshof hat schon dagegen entschieden in der Sache Joffrenot c. Marcellot am 21. October 1807. Bey Delaporte *Discuss. du C. N. vol. III. p. 149, 150.* Delvincourt *l. c. vol. I. p. 370. not. 2.* rechnet ohne Unterschied alle negativen Servituten zu den servitudes continues et non apparentes. Malville hingegen *l. c. ad art. 692. Th. II. p. 124.* will die *servitus altius non tollendi* und *ne luminibus officiatur* zu den servitudes continues et apparentes gerechnet wissen. Aber nach dem Art. 689. der bey allen servitudes apparentes besondere auf diese Servituten sich beziehende *ouvrages extérieurs* voraussetzt, scheint diese letztere Meinung schwerlich die richtige zu seyn.

wenigstens, wenn eine Verjährung und folglich auch Besitz bey ihnen überhaupt möglich ist, immer erst noch etwas hinzukommen muß, um das wirkliche Daseyn des Besitzes außer Zweifel zu setzen ⁷⁵⁾. Die Frage ist also die, ob Besitz und Verjährung bey diesen Rechten überhaupt möglich sey, und wenn dieß der Fall ist, wie dann der Besitz bey ihnen bestimmt sey? Hier lassen sich nun zwey Systeme aufstellen.

a) Man sieht die Sache so an, daß die sämtlichen hier in Frage stehenden Dienstbarkeiten

75) Artikel 691. *Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres. In dem den Appellationsgerichtshöfen mitgetheilten Projet de C. C. liv. II. tit. 4. Ch. 3. sect. 2. art. 42, 43. hiefs es: les servitudes discontinues et non apparentes ne peuvent s'établir que par titres. La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir. Les servitudes continues peuvent s'acquérir par la possession de trente ans. Analyse des Observations etc. p. 418. Die servitudes discontinues et apparentes hatte man ganz übergangen, worauf der Appellationshof von Grenoble aufmerksam machte. Das Projet de C. C. du Messidor an 4. stellte liv. II. tit. III. §. II. art. 466. p. 205. den Grundsatz auf: il n'y a point de services fonciers sans titre, und wörtlich eben so lautete das Projet de C. C. du 22 fruct. an II. liv. II. tit. III. art. 79. p. 50.*

keiten von der Art seyen, daß man aus der bloßen Ausübung der einen oder der andern noch nicht auf den Willen und die Absicht schließen könne, über das dienende Grundstück nun wirklich dieses Recht ausüben zu wollen (*animus sibi habendi*). Bey der *servitus altius non tollendi* ist dieß z. B. ganz klar, aber auch bey andern hierher gehörigen Rechten als z. B. der *servitus viae, actus, itineris, haustus* u. s. w. ist dieses keinem Zweifel unterworfen: aus dem bloß factischen Umstande, daß jemand über mein Grundstück, über meinen Hof geht, oder aus meinem Brunnen schöpft, kann weder von Seiten des Handelnden der Wille dieß als ein Recht gegen mich ausüben zu wollen, noch von meiner Seite die Absicht ihm dadurch einen Besitz dieses Rechtes einräumen zu wollen, gefolgert werden. Man sieht also dieß als *actes de pure faculté*⁷⁶⁾ und *de simple tolérance*⁷⁷⁾ an, aus denen
ein

76) Dahin gehören die *servitutes continuæ non apparentes, comme si j'ai été sur mon fonds cent années sans bâtir sur mon terrain. Delvincourt l. c. vol. III. p. 370. not. 1.*

77) Dahin gehören alle *servitutes discontinuæ*, ohne Unterschied ob sie sichtbar oder unsichtbar sind,
comme

ein eigentlicher Besitz nicht hergeleitet werden kann. Schon anders verhält sich aber

comme si je vous ai laissé passer sur mon fonds pendant cent ans. Delvincourt l. c. — Das römische Recht erforderte zum Erwerb des Besitzes dieser Dienstbarkeiten durchaus nicht *patientia* von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstückes; auch eine gegen den Widerspruch des Eigenthümers mit Gewalt durchgesetzte Handlung, war zur Begründung des Besitzes hinreichend. Gemeiniglich verwechselt man die *patientia* die in Ansehung des Erwerbes des Rechtes selber bey der *traditio* vorausgesetzt wurde. S. Savigny l. c. §. 46. p. 421. Das französische Recht erfordert zum Erwerb des Besitzes dieser Dienstbarkeiten die *patientiam* des Eigenthümers gleichfalls so wenig, daß es vielmehr eben deswegen diese Dienstbarkeiten des Besitzes für gänzlich unfähig zu erklären scheint. Der Grund davon liegt ohne Zweifel darin, weil aus der bloßen, nicht einmahl ununterbrochen fortgesetzten, Ausübung einer solchen Handlung, wobey sich der Eigenthümer des dienenden Grundstückes nur leidend verhält nicht auf die Absicht, diese Handlung als ein Recht auszuüben, geschlossen werden kann, vielmehr es möglich ist, daß der Handelnde bey eingetretenem Widerspruche des Eigenthümers abgestanden haben würde, und also jetzt, da dieß nicht geschehen ist, die Handlung nicht sowohl als ein Recht, als vielmehr bloß deswegen ausgeübt hat, weil von der Gegenseite nichts dagegen erinnert wurde.

aber die Sache, wenn dieser blofs factischen Ausübung ein Titel zum Grunde liegt,

wurde. Vergl. die öffentlichen Verhandlungen zum Artikel 2232. les actes de pure faculté, ceux de simple tolérance, ne peuvent pas être considérés comme des actes de possession, puisque, ni celui qui les fait n'entend agir comme propriétaire, ni celui qui les autorise n'entend se dessaisir. Bigot Préameneu *Exposé des motifs etc. vol. VI. p. 301.* c'est une disposition morale qui appelle les procédés obligeans. Combien de bons offices de voisinage seroient refusés, si une simple tolérance pouvoit par le laps de temps devenir un titre de servitude. Cette disposition remplacera celle de la sage Coutume de Normandie qui vouloit que nulle servitude ne pût s'acquérir sans titre. Goupil Prefeln *discours au Corps législatif etc. vol. VI. p. 318.* Nur ging man ohne Zweifel zu weit, wenn man es als eine Eigenschaft der Handlung selber ansah, daß sie vom Eigenthümer nur aus Nachgiebigkeit zugelassen, und daher vom Handelnden selber nicht als ein Recht ausgeübt worden sey, und auf diese Weise den Fall ganz übersah, wenn die Handlung gegen den Widerspruch des Eigenthümers mit Gewalt durchgesetzt war. — Vergl. Pfeiffer *l. c. Th. II. p. 674. not. k.* — Uebrigens scheint die Schwierigkeit bey dem Besitze dieser Dienstbarkeiten den animus domini recht zu erkennen, besonders wenn der Gegner sich dabey ganz ruhig verhält, der Grund zu seyn warum das römische Recht Besitz

liegt, wenn gleich vielleicht die Rechtsbeständigkeit desselben von dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes bestritten wird. Denn in diesem Falle muß man annehmen, daß der Handelnde in Beziehung auf seinen Titel die fraglichen Handlungen wirklich in der Absicht und mit dem Willen, dadurch ein Recht auszuüben, vorgenommen habe: hier sind also nunmehr die allgemeinen Charaktere des Besitzes vorhanden, und es muß folglich, wenn nicht etwa schon der Titel allein eine rechtsbeständige Erwerbung begründet, die bloße in Gemäßeheit desselben vorgenommene Ausübung des Rechtes, nicht nur den Besitz und das auf demselben beruhende *ius possidendi*, sondern auch zuletzt den Erwerb des Rechtes selber begründen. Der Titel ist also hier
nur

Besitz und possessorische Klagen hier, erst dann annahm, wenn die Ausübung der Dienstbarkeit eine gewisse bestimmte Zeit hindurch fortgesetzt worden war. So z. E. mußte die Dienstbarkeit bey dem *interd. de itinere, actu, via* und *de reficiendo itinere*, wenigstens 30 Tage in dem letztverflossenen Jahre, bey dem *interd. de aqua quotid. vel aestiva ducenda*, *de riuis* und *de aqua haurienda* während des ganzen letztverflossenen Jahres oder während der letzten anderthalb Jahre ausgeübt worden seyn.

nur in sofern erforderlich, als daraus auf das wirkliche Vorhandenseyn des Besitzes geschlossen werden kann; wäre dieses ohne ihn möglich, so würde er weder zur Begründung der possessorischen Klagen noch zur Begründung der Verjährung nothwendig seyn ⁷⁸⁾.

b)

- 78) Diese Ansicht und dieses System trifft man in dem älteren französischen Rechte beynahe in allen Coutumes an, jedoch mit dem Unterschiede daß man meistens alle und jede Realdienstbarkeiten darnach behandelte, und also die obigen Distinctionen beynahe gar nicht zuließ. z. E. *Coutume de Paris art. 186. servitude ne s'acquiert par longue jouissance quelle qu'elle soit sans titre*, d. h. wenn ein Titel vorhanden ist, so soll die longue jouissance eine Verjährung begründen können. *Coutume de Rheims tit. XIV art. 315. — ne s'acquierent par prescription de longue jouissance quelle qu'elle soit sans titre ou chose équipollente à titre. Coutumier de Vermandois vol. II p. 531. Coutume d'Orleans tit. XIII. art 225. vol. I. p. 356, 357. veues, égouts et toutes autres sortes de servitude ne portent saisine* (d. h. leur usage n'est pas regardé comme une possession ou quasi possession du droit de servitude) *à celui qui les a, s'il n'a titre valable, et sans titre valable ne les peut prescrire par quelque temps que ce soit. Coutume d'Amiens tit. XIX. art 165. nul ne peut prescrire servitude à son voisin en choses occultes et secrettes s'il n'y a titre ou possession*

b) Das zweyte System läßt bey diesen Arten der Dienstbarkeiten in keinem Falle Besitz,

de 40. ans. Coutumier de Picardie vol. II. p. 447. — Pothier tr. de la possession Ch. VI. sect. I. §. II. nr. 90. p. 553. Quoique les droits de servitude pré-diale soient des droits réels que nous avons dans un héritage; néanmoins celui qui a joui du passage par un héritage, ou de quelqu' autre espèce de servitude, par quelque temps que ce soit, sans avoir aucun titre pour en jouir, n'est pas reçu à former la complainte, lorsqu'il en est empêché: *parceque suivant les principes de notre droit françois, la jouissance que quelqu'un a du passage par un héritage, ou de quelqu' autre espèce de servitude, sans avoir aucun titre est présumée une jouissance de pure tolérance.* Or une telle jouissance n'est pas suffisante pour former la complainte. L'article de l'ordonnance de 1667. ci-dessus rapporté, denie en termes formels cette action à celui qui n'est que possesseur précaire. Mais lorsque celui qui a joni rapporte un titre en vertu duquel il a joui du passage ou de quelqu' autre espèce de servitude sur un héritage, quoique le possesseur de l'héritage qui l'a troublé dans sa jouissance, conteste la validité de son titre, la jouissance qu'il a eue en vertu de ce titre ne passe plus pour une simple tolérance et suffit pour qu'il puisse former la complainte et demander à être maintenu par provision dans sa jouissance jusqu'à ce qu'il ait été statue définitivement, au pétitoire. *Idem de la prescr. P. II. Art. 1. §. I. nr.*

sitz, possessorische Klagen oder Verjährung zu, und zwar aus dem Grunde, weil diese Dienstbarkeiten so beschaffen seyen, daß, wenn gleich im Allgemeinen ein Besitz oder eine Ausübung derselben recht wohl gedacht werden könne, dieser Besitz doch nicht diejenigen Eigenschaften haben, und die Ausübung dieser Rechte nicht unter denjenigen Bedingungen geschehen könne, die zur Begründung des Besitzes und der possessorischen Klagen unumgänglich erforderlich seyen. Vorzüglich trifft dieß die Bedingungen eines unzweydeutigen und öffentlichen Besitzes (*possession non équivoque et publique*). Ein hinzukommender Titel könne weder eine Statthaftigkeit der possessorischen Klagen, noch eine Verjährung möglich machen, weil alle die Mängel und Fehler, welche hier bey dem Besitze gerügt würden, sich nicht auf den Titel bezögen, und

nr. 164. p. 638. Car c'est un principe de notre droit françois qu'en matière de servitudes, lorsqu'on n'en rapporte aucun titre, la jouissance que quelqu'un en a eue, quelque longue qu'elle ait été est présumée n'avoir été qu'une jouissance précaire et de pure tolérance.

und also auch nicht durch dessen Hinzukommen gehoben werden könnten.

Wenn es nun darauf ankommt, sich für das eine oder andere System zu entscheiden, so scheint das letztere, als dem Geiste der französischen Gesetzgebung am meisten angemessen, den Vorzug zu verdienen. Denn

- 1) ist die diesem Systeme zum Grunde liegende Ansicht die gesetzliche, ist wenigstens in den öffentlichen Verhandlungen zur Rechtfertigung jener gesetzlichen Bestimmungen ausgeführt worden ⁷⁹). In dem ersteren Systeme ist der
Titel

79) Il n'en est pas de même à l'égard des servitudes continues non apparentes, et des servitudes discontinues apparentes ou non (scil. qu'ils peuvent s'acquérir par une possession trentenaire). Dans ce dernier cas rien n'assure, rien ne peut même faire légalement présumer que le propriétaire voisin ait eu une suffisante connoissance d'actes souvent fort équivoques; et dont la preuve est dès lors inadmissible. La preuve de la possession trentenaire sera donc recevable dans la première espèce; mais nulle preuve de possession, même immémoriale, ne sera admise dans la seconde. Cette décision conforme à la justice, et favorable à la propriété, est l'une des plus importantes du projet et mérite d'autant plus d'attention qu'elle n'étoit pas universellement admise dans le dernier état de la jurisprudence. Nulle part on n'avoit pu meconnoître la différence essentielle
qui

Titel an und für sich zur Begründung des eigentlichen Besitzes gleichfalls nicht erforderlich, sondern nur in sofern nothwendig, als man aus ihm erst auf einen animus possidendi, also auf Vorhandenseyn des Besitzes schließen kann; wäre dieser auch anders woher auszumitteln,

qui existe entre ces diverses espèces de servitudes: mais tout ce qui en étoit résulté dans quelques ressorts, c'est qu'au lieu de la possession trentenaire on exigeoit à défaut de titre, la possession immémoriale pour l'acquisition des servitudes discontinues. De graves auteurs, et notamment Dumoulin, avoient adopté cette opinion: mais qu'est ce qu'une possession immémoriale pouvoit ajouter ici, et quelle confiance pouvoient mériter, au-delà de trente ans, les mêmes faits, les mêmes actes, que l'on avouoit équivoques et non concluans pendant cette première et longue série d'années? Berlier *Exposé des motifs etc. vol. II. p. 127.* — Mais il a été abandonné (sc. le droit romain) quant aux servitudes continues apparentes et non apparentes. Il exigeoit, à la vérité, pour ces sortes de servitudes, une possession immémoriale; mais une telle possession ne se manifestant pas nécessairement par des actes assez suivis ou assez fréquens pour faire supposer le consentement, même lorsqu'il n'y auroit pas eu de contradiction formelle, c'est avec raison que le projet déclare que de telles servitudes ne peuvent s'établir que par titres et que la possession même immémoriale ne peut en tenir lieu. Albißon *Rapport au tribunaat etc. vol. II. p. 138.*

mitteln, so müßte, wenn man *consequent*
 seyn wollte, der Titel auch fuglich fehlen kön-
 nen. Man betrachtet dort die einzelnen Be-
 sitzhandlungen als *actes de pure faculté* oder
de simple tolérance, setzt also in Ansehung
 der letzteren voraus, daß sie wirklich zur Wis-
 senschaft des Andern gelangt seyen, nimmt
 aber von Seiten des Ausübenden die Absicht
 sie als ein Recht auszuüben erst dann an, wenn
 ein Titel vorhanden ist, welcher vermuthen
 läßt, daß jener wirklich in der Ueberzeugung
 gestanden habe, es stehe ihm ein Recht zu die-
 sen Handlungen zu. Hier im Gegentheile
 nimmt man an, daß der Eigenthümer des die-
 nenden Grundstückes diese Dienstbarkeiten in
 ihrer Ausübung nicht gewahr werden könne,
 also ein öffentlicher Besitz bey ihnen nicht
 möglich sey, oder daß, wenn dieß auch etwa
 der Fall seyn sollte, dennoch wegen der diesen
 Dienstbarkeiten zukommenden eigenthümli-
 chen Natur und Beschaffenheit, das Factum des
 Besitzes nie ganz außer Zweifel gesetzt wer-
 den könne, folglich die Possession immer in
 einiger Hinsicht für *équivoque* gehalten wer-
 den müsse. Diese Fehler haben also in der
 Natur und Beschaffenheit dieser Servituten
 ihren Grund, und dieser Grund bleibt auch,
 wenn ein Titel hinzukommt, immer derselbe,

und

und so oft wie also dieser Titel nicht schon allein für sich einen Beweis begründet, sondern dieß erst durch einen eine bestimmte Zeit hindurch fortgesetzten Besitz geschehen soll, behalten die hier gerügten Mängel und Unvollkommenheiten des Besitzes ihre Wirkung.

- 2) Der zweyte Grund liegt in den Worten des Gesetzes selber, welche deutlich für dieses System sprechen ⁸⁰⁾. Ihnen zufolge sollen nämlich

80) Artikel 691. *les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres.* Hier heißt es also ausdrücklich daß diese Dienstbarkeiten nur durch Titel sollen erworben werden können. Die Titel werden hier offenbar der Verjährung entgegengesetzt *), und müssen also auf Rechtsgeschäfte bezogen werden, welche unabhängig von andern Erfordernissen und für sich bestehend Rechtsverhältnisse zu begründen im Stande sind. Von einem a non domino herrührenden Titel, der für sich nichts

*) Unter den titres sind also wohl bloß Verträge und Testamente zu verstehen. Einige wollen ihnen noch die richterlichen Urtheile gleich setzen; z. E. die *Pandectes franç. vol. V. p. 493.* allein die beschränkende Bestimmung des Artikel 691. *ne peuvent s'établir que par titres* scheint dagegen zu sprechen. So mag auch wohl der Cassationshof die Sache angesehen haben, denn er verlangte den Zusatz: *ou par un jugement ayant acquis l'autorité de la chose jugée.* *Analyse des Observations etc. p. 420. Discussions du C. C. vol. I. p. 643. not. 2.*

lich diese Dienstbarkeiten, auch wenn ihnen ein *titulus a non domino* zum Grunde liegt, nicht durch Verjährung erworben werden können, wovon der Grund unverkennbar der so eben ausgeführte ist.

Wann also die diesen Dienstbarkeiten eigenthümliche Natur es mit sich bringt, daß bey ihnen ein Besitz oder eine Ausübung in der Maasse, in welcher sie, um eine Verjährung zu begründen, erfordert wird, nicht gedacht werden kann, und daß auch ein hinzukommender Titel hier nichts abzuändern im Stande ist, so scheint auch der daraus auf eine völlige Unmöglichkeit einer Begründung des eigenthümlichen Besitzes und der possessorischen Klagen zu ziehende Schluss keinem Zweifel weiter unterworfen zu seyn ⁸¹⁾).

Es

nichts bewirken kann, sondern zu dem immer ein eine bestimmte Zeit hindurch fortgesetzter Besitz hinzukommen muß, kann also hier nicht die Rede seyn. Hierin also ist die ältere französische Gesetzgebung abgeändert; S. *not.* 78.

- 81) Es mag jetzt noch mit wenigen Worten der Meinungen der neueren Erklärer des C. N. Erwähnung geschehen. Für das erstere System sind Delvincourt und Maleville; beide lassen bey den hier in Frage stehenden Dienstbarkeiten eine Verjährung in dem Falle zu, wenn ein Titel vorhanden ist; folglich müssen sie auch unter dieser Voraussetzung
- Besitz

Es bleibt jetzt übrig noch über die persönlichen Dienstbarkeiten etwas zu sagen. Es geschieht freylich

Besitz und possessorische Klagen anerkennen. Delvincourt *l.c.* vol. I. p. 370. not 3. giebt als Grund an: *parceque la servitude est un immeuble, et tout immeuble peut être acquis de cette manière.* Doch fügt er die Modification hinzu: *comme il faut que la possession soit publique, je pense que cela ne pourroit avoir lieu que pour les servitudes apparentes.* Allein bey den sichtbaren Dienstbarkeiten ist der Besitz auch schon ohne Titel öffentlich; was ist denn wohl eigentlich der Grund des Unterschiedes daß diese Dienstbarkeiten nur unter Voraussetzung eines Titels, die *servitudes continues apparentes* aber durch den bloßen Besitz sollen verjährt werden können? Maleville *l.c.* ad art. 691. Th. II. p. 124. läßt sich in Ansehung der Zulässigkeit der Verjährung überall auf keine Gründe ein; den Umstand, daß die Ausübung dieser Dienstbarkeiten nicht den nämlichen Charakter von Authenticität an sich trage, wie die Ausübung des Eigenthumes benutzt er nur als Argument um seine Forderung eines 30 jährigen Besitzes zu rechtfertigen. — Für das letztere System und die oben versuchte Erklärung des Artikel 691. kann man die meisten Appellationsgerichtshöfe anführen, die den Entwurf des Artikels in diesem Sinne verstanden haben. Vor allen übrigen mag hier eine Bemerkung des Appellationshofes von Grenoble stehen, welche vorzüglich die enge gegenseitige Beziehung von possessorischen

lich im ganzen C. N. des Besitzes in specieller Hinsicht auf diese Rechte nie Erwähnung, und eben

so

possessorischen Klagen und Verjährung betrifft. Sie gehört zu dem in der *not.* 70. angeführten in dem *Projet d. C. C.* befindlich gewesenen Artikel: *Ajouter: ainsi la servitude continue est susceptible de l'action possessoire.* — On fonde cette addition sur ce que, par ces expressions, *on possède improprement des droits incorporels*, on pourroit laisser de l'incertitude sur la question de savoir si l'on peut intenter l'action possessoire pour les servitudes en général. *Cette action peut s'exercer pour les servitudes continues mais non pour les discontinues qui ne peuvent s'acquérir que par titre*, suivant les articles 42 et 43. tit. IV. liv. II. Mais il faut que la loi décide nettement surtout par rapport à l'attribution des tribunaux, les juges de paix ne pouvant connoître que du possessoire et non du pétitoire. *Analyse des Observations etc. p. 912.* — Die nämliche Ansicht findet man in den *Pandectes françoises tom. V. p. 488, 489.* Qu'une servitude continue non apparente ne puisse s'établir sans titre, cela se conçoit, parceque la servitude n'est constatée par rien. Ainsi quoique pendant un temps immémorial vous ayez tenu votre bâtiment moins élevé que le mien, il ne s'ensuivra pas que j'aie contre vous le droit de vous empêcher de l'élever parceque rien ne constate, ni même n'indique que votre usage soit le résultat d'une servitude à la quelle vous étiez assujéti envers ma maison. Il en est de même, sans contredit, à l'égard

so wenig ist von einer Erwerbung derselben durch Verjährung die Rede. Dieses alles würde indessen noch

gard d'une servitude discontinue non apparente. Quoique j'aie passé pendant un très-long temps sur votre champ, *si rien n'indique que je l'ai fait comme en ayant le droit*, je n'acquerrai jamais la servitude de passage. Die unterstrichene Stelle deutet auf den Fall: *si des indices caractéristiques démontrent d'un côté le droit, de l'autre la sujétion; z. B. si j'ai construit un chemin, si je le fais réparer etc.* In diesem Falle soll zwar Erwerb durch Verjährung Statt finden, folglich auch Besitz und possessorische Klagen, aber einzig aus dem Grunde, *parceque dans ce cas, la servitude doit être regardée comme continue et apparente; l. c. p. 490.* Der *Praticien françois liv. I. tit. VII. Sect. III. §. II. vol. I. p. 175.* hat die nämliche Erklärung angenommen: *s'il s'agit d'une servitude discontinue et apparente, comme d'un droit de passage ou de puisage d'eau, et qu'un individu veuille, contre le gré de l'autre, passer ou venir puiser, celui qui est empêché ne pouvant argumenter de la possession pour établir son droit, devra nécessairement faire usage de ses titres de propriété, et cet objet n'appartient plus à l'action possessoire. S'il n'y a point des titres, il est inutile de s'arrêter à la possession: en ce cas la simple possession ou plutôt le simple usage n'est rien par la raison que l'on peut avoir passé quelque temps sur le fonds de son voisin ou y être venu puiser de l'eau, sans que pour cela on en ait*

noch keinen Grund abgeben, bey diesen Rechten
keinen Besitz anzuerkennen, da das französische
Recht

ait eu ou acquis le droit de le faire. Seine Hauptgründe gegen die Statthaftigkeit eines possessorischen Verfahrens sind folgende zwey: 1) le premier effet d'un jugement rendu sur le possessoire étant d'accorder la possession, de maintenir dans la jouissance, l'exercice de cette action seroit directement opposé à l'article 691. du C. C. qui ne permet pas d'acquérir les servitudes de cette nature par la simple possession ou la prescription; 2) la possession accordant le droit de jouir, on mettroit à la charge du propriétaire la preuve que son adversaire n'a pas droit, ce qui deviendrait alors une preuve négative, qu'il lui seroit presque toujours impossible d'établir. — Die deutschen Schriftsteller, wie Zachariä *l. c.* §. 69. *Zus.* §. 111. *Th. I.* p. 104, 160. 162. Bauer *l. c.* §. 174. p. 219, 220. Bucher *l. c.* §. 208, 209. *Th. I.* p. 291, 292. berühren diese Frage eigentlich gar nicht, indessen sieht man doch so viel, daß sie bey den servitudes continues non apparentes und bey den servitudes discontinues überall keine Verjährung, auch nicht unter Voraussetzung eines titulus zulassen. Bergmann in seinem *Privatrecht des C. N.* §. 25, 179, 193. p. 42, 43, 291, 292, 309. scheint zwar überhaupt bey allen Dienstbarkeiten ohne Unterschied possessorische Klagen zuzulassen, allein der eigentliche Grund liegt wohl darin, weil er an der Möglichkeit einer allgemeinen Theorie des Besitzes und seiner Wirkungen zu zweifeln

Recht ein für allemahl den Besitz nicht bloß auf
das Eigenthumsrecht oder die körperlichen Sachen
beschränkt

feln scheint. — Ueber die Frage selber, welche
bisher hier untersucht worden ist, ob nämlich bey
diesen Dienstbarkeiten nicht wenigstens unter der
Voraussetzung eines Titels Besitz Statt finde, ist,
so viel mir bekannt ist, noch keine gerichtliche
Entscheidung vorhanden. Ich kenne nur zwey Er-
kenntnisse des Cassationshofes wodurch das über
dergleichen Dienstbarkeiten eingeleitete possessori-
sche Verfahren cassirt wird; allein beide beziehen
sich auf Fälle, wo der Kläger in possessorio sich
nur auf seinen Besitz, und nicht auf einen dem-
selben zum Grunde liegenden Titel stützte; indes-
sen ergeben doch die Urtheile selber, daß der Cas-
sationshof einen Besitz dieser Dienstbarkeiten über-
haupt als unmöglich ansah. Der erstere der beiden
Fälle betrifft eine *servitus haustus*, worüber das Tri-
bunal erster Instanz zu Bayonne ein Urtheil in
possessorio abgegeben hatte, welches der Cassa-
tionshof am 23. Novbr. 1808 cassirte: *attendu que*
les servitudes continues non apparentes et les ser-
vitutes discontinues ne peuvent s'établir que par
titres; — que la possession en cette matière, ne
peut conférer aucun droit et ne peut autoriser au-
cune action ni au pétitoire ni au possessoire; —
qu'on ne peut pas admettre, qu'une possession pen-
dant une année puisse donner quelque droit à une
servitude qu'on n'auroit pu acquérir par une pos-
session, qu'elle qu'en eût été la durée. Jurispru-
dence

beschränkt haben will ⁸²⁾, und besonders die Ausübung der hier in Frage stehenden Rechte das Eigenthümliche hat, daß sie immer mit dem natürlichen Besitze der Sache selber verbunden ist, die quasi possessio also mit dem eigentlichen Besitze die meiste Aehnlichkeit hat, und das Abweichende nur darin zu liegen scheint, daß der animus, anstatt auf das Eigenthumsrecht gerichtet zu seyn, sich hier bestimmt auf den vsusfructus, vsus u. s. w. bezieht. Die Ausschließung der Verjährung braucht

dence de la Cour de Cassation. — Journal (ou Recueil) Général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle et commerciale depuis l'avènement de Napoléon, par J. B. Sirey, avocat à la Cour de Cassation et au Conseil des prises. An 1809. Cah. I. livrais. 1, 2. p. 36. Der zweyte Fall betrifft eine servitus discontinua apparens. Schon das Tribunal der ersten Instanz zu Clamecy hatte das von dem Friedensgericht eingeleitete possessorische Verfahren aufgehoben, und der Cassationshof verwarf nun am 21. Octbr. 1807 das dagegen eingelegte Cassationsgesuch, et les motifs furent qu'il s'agissoit dans l'espèce d'une servitude qui ne pouvoit s'acquérir que par titre, et que par conséquent l'action possessoire n'étoit pas admissible. Sirey *Jurisprudence de la Cour de Cassation etc. An 1808. vol. VII. p. 37.* Bavoux et Loiseau *Jurisprudence du C. N. vol. IX. p. 442. Discussions du C. N. etc. vol. III. p. 149, 150.*

82) Artikel 2228.

braucht auch nicht gerade auf der Unzulässigkeit des Besitzes zu beruhen, sondern kann vielleicht durch andere Gründe und Rücksichten veranlaßt worden seyn. Es kommt also alles auf die Frage an, ob die Ausübung dieser Rechte alle diejenigen Eigenschaften haben kann, welche nach dem oben Ausgeführten zur Begründung des Besitzes unumgänglich erfordert werden. Dieses muß wohl geläugnet werden, weil nämlich bey diesen Rechten vollkommen die nehmlichen Gründe zur Anwendung kommen, wegen welcher das Gesetz bey den *servitudes continues non apparentes* und bey den *servitudes discontinues* keinen Besitz anerkennt. Bey einer Vergleichung dieser persönlichen Dienstbarkeiten mit dem Begriffe, welchen das Gesetz selber von den genannten Grunddienstbarkeiten aufstellt, ist es unverkennbar, daß hier völlig die nehmlichen Verhältnisse vorliegen ⁸³⁾. Man darf auch

83) Vergl. die *Recension meiner Darstellung der Lehre von der Verjährung*, in den *Heidelberger Jahrbüchern*, 1810. St. XII. p. 58, 59. — Hiermit fällt begreiflich auch das weg, was über die Verjährung dieser Dienstbarkeiten in dem angezogenen Werke gesagt worden ist. Anderer Meinung ist Hutteau zu Pothier *tr. de la possess. not. 39. p. 67.* l'usufruitier ne peut être comparé au fermier, il est propriétaire de cette possession qui, aux yeux de la loi, est un droit incorporel, immobilier, susceptible

auch nicht einwenden, daß da der C. N. die hier in Frage stehenden Rechte nicht mit zu den Dienstbarkeiten rechne, sondern ausdrücklich von ihnen *distinguire* ⁸⁴⁾, auch ein Schluss von diesen auf jene

tible même de l'expropriation forcée: ainsi l'usufruitier peut donc, s'il est troublé dans sa jouissance, exercer l'action possessoire, parcequ'il exerce à titre de propriétaire le droit d'usufruit, qu'il jouit en son nom et pour lui de la possession du domaine. Aussi est ce parceque le C. C. a reconnu que l'usufruitier pouvoit exercer l'action possessoire, 1) qu'il n'a pas déterminé dans l'art. 614, comme il a fait dans l'art. 1768. à l'égard du fermier le delai dans lequel l'usufruitier est tenu de dénoncer les atteintes faites aux droits du propriétaire; 2) que dans l'art. 614. concernant l'usufruitier, il se sert de ces expressions: *les atteintes faites aux droits du propriétaire*; et que dans l'art. 1768. il se sert de celles ci, *les usurpations commises sur les fonds*.

- 84) Dieß ist gerade keine Eigenthümlichkeit des französischen Rechtes. Auch das römische Recht handelt ja unter dem Titel *de servitutibus* nur von den Realservituten, und enthält für den *ususfructus*, den *usus* und die *habitatio* eigene Titel. Eben so geschieht auch in den Coutumes unter dem Titel *des servitudes* nie der persönlichen Dienstbarkeiten Erwähnung. z. B. *Coutume de Paris tit. IX. p. 151-153. Coutume d'Orleans tit. XIII. vol. I. p. 356-376. Coutume de Montargis etc. Ch. X. vol. I. p. 384 - 398. de Ferriere liv. II. tit. IX. vol. I.*

jene nicht Statt finde; allein dieser Einwand ist unerheblich, weil hier nur eine zum allgemeinen Requisit des Besitzes gemachte Eigenschaft bey verschiedenen einzelnen Rechten angepaßt und anprobiert wird, und das Beyspiel jener dinglichen Dienstbarkeiten nur um deswillen von einem besonderen Gewichte ist, weil der Gesetzgeber selber bey ihnen jenes Geschäft vorgenommen, und jenes Requisit für nicht vorhanden erklärt hat.

Das

p. 472 - 569. Loisel *l. c. liv. II. tit. III. p. 107-114*. Auch wird diese Ansicht von Garry in seinem *Discours au Corps législatif sur le projet de loi relatif à l'usufruit, l'usage, et l'habitation vol. II. p. 97.* als etwas bekanntes vorausgesetzt, und Gillet in seinem *Discours au Corps législatif sur la loi du C. C. concernant les servitudes ou services fonciers vol. II. p. 141.* sagt, daß das subordinirte Verhältniß einer Proprietät unter das Interesse einer andern Proprietät in der Sprache der jurisprudence *servitude* genannt werde, obwohl er es p. 147. wieder als etwas besonderes hervorheben will, *que ces trois espèces de droits (l'usufruit, l'usage et l'habitation) se trouvent traités dans notre C. C. comme des appendices de la propriété . . .* Die nämliche Ordnung findet sich auch schon im *Projet de C. C. du 22. fruct. an 11. liv. II. tit. II. III. p. 49 - 53.* und in dem *Projet de C. C. von Cambacérès vom Messidor an IV. liv. II. tit. II. III. p. 194 - 210.*

Das Resultat dieser ganzen Untersuchung würde also darauf hinauslaufen, daß nur in Ansehung der ununterbrochen fortdauernden und in die Augen fallenden Dienstbarkeiten von einem possessorischen Verfahren die Rede seyn kann ⁸⁵⁾. Ueber die

85) Nach dem Artikel 691. sollen die ununterbrochen fortdauernden und nicht in die Augen fallenden Dienstbarkeiten, so wie die nicht ununterbrochen fortdauernden Servituten, wenn sie in solchen Ländern, deren Gesetze eine Verjährung oder einen unvordenklichen Besitz bey ihnen zuließen, bereits erworben sind, nicht weiter angefochten werden können. Es entsteht die Frage, ob nicht wenigstens bey ihnen ein possessorisches Verfahren sich denken lasse? Ich glaube daß dieselbe verneint werden muß; denn das possessorium betrifft nur den Besitz, oder die factische Ausübung eines Rechtes ganz abstrahirt von allen derselben zum Grunde liegenden rechtlichen Gründen; das neuere Recht bestimmt aber ganz allgemein daß bey den in Frage stehenden Dienstbarkeiten ein solcher Schutz des bloß factischen Zustandes abgesehen von allen Rechtsgründen nicht Statt finden solle, und diese Bestimmung muß in allen nach der Bekanntmachung des neuen Gesetzbuches sich ereignenden Fällen zur Anwendung kommen. Jene Disposition des Artikel 691. bezieht sich nur auf die Frage von dem Erwerb des Rechtes selber, und erkennt freylich in dieser Hinsicht für die vergangene Zeit bey ihnen einen Besitz an, allein nur um deswillen weil ihn die
damahls

die Wirkungen der possessorischen Klagen findet sich nichts Besonderes bemerkt. Sie können daher keine anderen seyn, als welche auch bey dem Eigenthumsrechte vorkommen, und dem Zwecke der possessorischen Rechtsmittel angemessen sind, nämlich Schutz und Aufrechterhaltung in dem Besitze, Aufhebung der Störung und Ersatz des dadurch zugefügten Schadens. Es ist ja auch ohnedieß eine jede dieser Dienstbarkeiten eigentlich nur eine Qualität des Besizes der Hauptsache, und durch eine jede Störung derselben wird zugleich der Besitz der Hauptsache mit gestört ⁸⁶).

§. 11.

damahls bestehenden Gesetze zuließen, und den Erwerb des Rechtes selber als eine Folge davon betrachteten. Keineswegs ist aber davon eine Folge, daß nun das Gesetz auch für die Zukunft bey ihnen einen Besitz anerkennen müsse; widrigenfalls würde eine nothwendige Bedingung der Statthaftigkeit eines possessorischen Verfahrens bey diesen Rechten die seyn, daß das Recht, dessen Ausübung geschützt werden soll, wirklich nach dem alten Recht gültig durch Verjährung erworben sey. Das Petitorium würde also vor dem Possessorium erörtert werden müssen.

86) Daher hatte auch das römische Recht für diese Gattung der Servituten keine besondere Interdicte angeordnet. *Fr. 8. §. 5. D. VIII. 5. si servitus vindicet.* — Savigny *l.c.* §. 46. p. 437.

Es ist bisher von dem Besitze bloß in Beziehung auf das Eigenthumsrecht und der so genannten *iura in re* die Rede gewesen. Es kommt jetzt darauf an, am Schluß dieser Abhandlung noch Etwas im Allgemeinen über die Ausdehnung des Begriffs des Besizes auf die factische Existenz anderer Rechtsverhältnisse hinzuzusetzen; ein Punct der nicht übergangen werden darf, wenn eine Theorie des Besizes auf Anwendung Anspruch zu machen berechtigt seyn soll. Es ergibt sich also hieraus schon von selber, daß von dieser Untersuchung alle diejenigen Fälle ausgeschlossen sind, welche sich entweder auf ein ihnen zum Grunde liegendes Eigenthumsrecht oder auf ein sonstiges *iura in re* reduciren lassen. Denn

- 1) in allen denjenigen Fällen wo die factische Ausübung einer Handlung von Seiten des Handelnden nur als eine specielle Art der Ausübung des Eigenthumsrechtes erscheint und angesehen werden muß, da leidet es keinen Zweifel, daß im Allgemeinen, wenn die Ausübung dieser Handlung gewaltsam verhindert und gestört wird, wegen dieser Störung ein possessorisches Verfahren Statt haben kann. Denn hier bezieht sich die Störung und Verhinderung jener einzelnen Handlung im Grunde auf das Eigenthumsrecht selber, dessen Besitz
nur

nur durch jene Handlung ausgeübt werden sollte. Diesem zufolge müssen also z. B. alle diejenigen Gerechtsamen welche aus dem Eigenthume der Waldungen fließen, als z. B. das Recht Holz zu fällen, das Recht der Mastung und Eichellese, das Sammeln des grünen und dörren Laubes, das Harzsammeln, das Pechbrennen und andere geringere Waldnutzungen, ja auch die Jagd, in sofern sie richtigen Grundsätzen zufolge gleichfalls als ein Ausfluß des Waldeigenthums angesehen wird, allerdings possessorisch geschützt werden, nicht um deswillen, weil hier der Besitz und dessen Störung auf ein einzelnes der gedachten Rechte bezogen würde, sondern weil die Ausübung dieses Rechtes nur als eine specielle Art der Ausübung des Waldeigenthums angesehen wird, und daher auch auf diesen Besitz des Waldeigenthums das ganze Verfahren einzig und allein bezogen werden muß. Wenn hingegen derjenige, welcher die Störung erlitten hat, nicht den Besitz des Waldeigenthums selber in Anspruch nimmt, sondern vielmehr jene einzelnen Gerechtsame nur als Beschränkungen eines fremden Waldeigenthumsrechtes ausübt, so leidet es keinen Zweifel, daß hier 2) die zweyte Regel zur Anwendung kommen muß, nach welcher alle Rechte welche unmittelbar

telbar an fremden Sachen ausgeübt werden, in Ansehung der Statthaftigkeit des Besitzes und der possessorischen Klagen, nach den im französischen Recht über die Dienstbarkeiten aufgestellten Grundsätzen beurtheilt werden müssen, wenn gleich vielleicht die besondere gerade in Frage stehende Art der Dienstbarkeit wegen anderer Ursachen in Frankreich nicht vorkommen kann. Denn es ist genug, wenn das Recht wovon die Rede ist, in die der französischen Gesetzgebung bekannte Form der Dienstbarkeit paßt. Aus diesem Gesichtspuncte muß also z. B. die Statthaftigkeit eines Besitzes und eines possessorischen Verfahrens in Ansehung des Rechtes in fremden Waldungen und Feldern die Jagd, das Beholzungsrecht, die Eichellese und Mastung auszuüben, so wie in Ansehung des Flossrechts, des Fährrechtes, der Fischereygerechtigkeit in Gewässern, welche zum Staats- oder fremden Privateigenthum gehören, nicht weniger in Ansehung des Triftrechts auf fremden Feldern, der Schäfereygerechtigkeit und des Pferchrechts oder Hürdelagers gänzlich in Abrede gestellt werden ⁸⁷⁾.

Die

87) Nicht übereinstimmend mit den in der Civilgesetzgebung über den Besitz enthaltenen allgemeinen Grundsätzen ist es daher, wenn in dem *königl. De-*

Die eigentliche hier zur Untersuchung stehende Frage ist also die, in wiefern der Besitz auf Rechtsverhältnisse bezogen werden könne, die unter keinen der angegebenen beiden allgemeinen Gesichtspunkte gebracht werden können. Man weiß, daß unter den vielen Irrthümern über die römische Ansicht vom Besitze, zu denen canonisches und deutsches Recht meistens die Veranlassung gegeben haben, der bedeutendste und einflußreichste ohne Zweifel der war, daß man den Begriff des Besitzes auf jedes mögliche Recht überhaupt ausgedehnt hat. Im älteren französischen Recht verfuhr man auf dieselbe Weise⁸⁸⁾. Schon dieser Umstand, verbunden

crete vom 29. März 1808, tit. XVII, art. 183. (Westphäl. Gesetzbulletin 1808. Th. I. p. 733.) ein Schutz der Ausübung solcher Waldbenutzungsbefugnisse anerkannt wird. Dasselbe ist in Ansehung der Dienste geschehen in dem *königlichen Decrete vom 27. Juli 1809, art. 1, 10. Westphäl. Gesetzbulletin 1809. Th. III. nr. 35. p. 149, 155.*

88) Die *Ordonnance von 1667, tit. XVIII, art. 1.* sagte bloß: *si aucun est troublé en la possession et jouissance d'un héritage, ou droit réel etc.* Allein die Commentatoren haben diese Beschränkung bald übersehen. Vergl. den *Commentaire sur l'Ordonnance de 1667 etc. p. 256. Pothier tr. de la poss. Ch. III, nr. 38. p. 535.* en général, la jouissance que j'ai de quelque droit que ce soit, en est une quasi possession. Cette quasi possession est susceptible des

bunden mit der Betrachtung, daß der Besitz in Beziehung auf possessorische Klagen in dem französischen Gesetzbuch überall keinen bestimmten Platz und keine besondere Behandlung erhalten hat, sondern man vielmehr das bisher bestehende Recht in dieser Hinsicht stillschweigend beybehielt, gewissermaassen auch ausdrücklich bestätigte, in sofern man Sätze die nur Folgerungen aus den bisher anerkannten Grundsätzen sind, und nur unter Voraussetzung des alten Systems und der alten Ansichten bestehen können, aufnahm, — schon dieses könnte vielleicht Manchen bey der gegenwärtigen Untersuchung für die Beybehaltung der dem Besitz bisher beygelegten allgemeinen Beziehung geneigt machen, zumahl da gewisse im C.N. vorkommende allgemeine Aeufserungen ⁸⁹⁾, und die durch die bisherige Praxis einmahl zur Gewohnheit gewordenen Vorstellungsarten diese Ansicht unterstützen und begünstigen dürften. Allein wenn man auf der anderen Seite erwägt, daß die französische Gesetzge-

des mêmes qualités et des mêmes vices que la véritable possession. Vorsichtiger ist de Ferriere in seiner *Nouvelle Introd. à la pratique Voc. Complainte. vol. I. p. 345*, allein *sub Voc. possessoire vol. II. p. 339.* heisst es allgemein: est une poursuite qui ne regarde que la possession d'un héritage ou de quelque droit.

89) Artikel 2228. la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit etc.

gesetzgebung ausdrücklich bey mehreren Rechten die Anwendung des Begriffes des Besitzes als unmöglich darstellt, daß ferner schon in sofern die Ansicht von der allgemeinen Beziehung des Besitzes auf alle nur denkbare Rechte nach der neueren Gesetzgebung als unhaltbar erscheint, und daß dieß alles auf gewisse im Begriff des Besitzes enthaltene Merkmale und zur Begründung desselben nöthige Erfordernisse hindeutet, welche nicht als ein allen und jeden Rechten zukommendes gemeinschaftliches Merkmal und Zeichen angesehen werden können, so wird dieß hoffentlich hinreichen, um die Beantwortung der gegenwärtigen Frage mit der größtmöglichen Unbefangenheit zu beurtheilen.

Nur auf folgende drey Classen von Rechten soll hier die Untersuchung beschränkt werden, nämlich auf die Bannrechte oder so genannten *servitutes iuris germanici*, nebst den Diensten und Zinsentrachtungen, welche aus dem gutsherrschaftlichen Verhältnisse herrühren, ferner auf die Familienrechte, und endlich auf die Obligationenrechte.

I) Was die erste Classe anbelangt, so könnte man vielleicht geneigt seyn, die hier aufgeworfene Frage schon aus dem einzigen Grunde verneinend zu beantworten, weil das französische Recht die hier in Fragestehenden Rechtsverhältnisse überall nicht

nicht anerkennt⁹⁰⁾. Allein diese Art zu schliessen, ist unrichtig, und auch schon in der Praxis dafür anerkannt worden. Denn auch der römische Begriff des Besitzes ist auf Rechte bezogen worden, die erst durch die Verfassung der christlichen Kirche und der europäischen Staaten erzeugt und mit dem Besitz und Genuß des Bodens verbunden wurden, welche die Römer theils nicht kannten, theils als eigene Rechte der Einzelnen zu betrachten sehr gewohnt waren, bey denen aber ein ähnlicher Schutz der bloßen Ausübung denkbar war, wie bey dem Eigenthum, und bey denen daher auch eine Ausdehnung des römischen Rechtes, und zwar ganz im Geiste dieses Rechtes Statt finden konnte. Eben so könnte das Verhältniß des neufranzösischen Rechtes zu der hier in Frage stehenden Classe von Rechten seyn. Wenn gleich der Besitz bey ihnen auf keiner unmittelbaren Anwendung des Gesetzes beruhen kann, weil die Gegenstände dieser Anwendung ihm fremd sind, so

90) Artikel 638, 686. Berlier *Exposé des motifs etc.* vol. II. p. 119, Albisson *Rapport au tribunal etc.* *ibid.* p. 130, 136, Gillet *Discours au Corps législatif etc.* *ibid.* p. 142, 147. Das alte Recht erkannte bey diesen Rechten ganz unbestritten Besitz an. Vergl. den *Commentaire sur l'Ordonnance de 1667 etc.* p. 256. Pothier *l. c.* Ch. III. nr. 38. Ch. VI. Sect. I. §. II. nr. 88, 89, 91. p. 535, 552, 553.

so könnte er doch auf einer sehr natürlichen und consequenten Anwendung seiner Grundsätze beruhen, ohne daß die Ansicht des Besitzes selber dadurch auf irgend eine Weise verändert zu werden brauchte. Es muß also diese Frage aus der Natur dieser Rechte und aus den allgemeinen im französischen Recht über den Besitz aufgestellten Grundsätzen beurtheilt werden, und diesen zufolge ist ein Besitz dieser Rechte wohl für gänzlich unstatthaft zu halten. Denn

a) ist es unverkennbar, daß alle diese Handlungen Handlungen der freyen Willkühr sind, welche einer ausdrücklichen Bestimmung zufolge nie einen Besitz sollen begründen können ⁹¹⁾. Um hier ganz unbefangen zu urtheilen, so werfe man sich nur die Frage auf, ob zwischen Personen, zwischen denen dergleichen Rechtsverhältnisse noch gar nicht existiren, dieselben durch Verjährung begründet werden können? Schwerlich wird jemand diese Frage bejahen. Denn der Umstand allein, daß irgend ein Einzelner oder daß die Bewohner eines Ortes eine lange Zeit hindurch ihr Bier oder ihren Brantewein aus einer bestimmten Schenke geholt, oder ihr Getreide in eine bestimmte

91) Artikel 2232. *les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession, ni prescription.*

bestimmte Mühle gebracht haben, oder daß sie einem andern jährlich gewisse Dienste geleistet oder gewisse Abgaben prästirt haben, kann für diesen Andern kein Zwangsrecht oder ein Recht auf diese Dienste und Prästationen begründen. Es sind dieß ursprünglich bloß Handlungen der freyen Willkühr, *actes de pure faculté*, die diesen Charakter durch keinen Ablauf der Zeit verlieren. Natürlich wird hier von allen übrigen Rechtsgründen aus denen dergleichen Handlungen geschehen können, abstrahirt, weil sonst die Frage, ob durch Verjährung ein Recht auf sie erworben werden könne, ganz überflüssig wäre. Diese ursprüngliche und eigenthümliche Natur solcher Handlungen entscheidet bey der Frage von der Statthaftigkeit eines Besitzes allein. Wenn also gleich auch Bannrechte, Dienstleistungen und Zinsprästationen rechtlich begründet sind, so findet doch in Ansehung ihrer ein Schutz der bloßen Ausübung, oder ein possessorisches Verfahren nicht Statt, weil begreiflich, da hier auf das Recht selber, auf das *Petitorium*, gar nicht Rücksicht genommen werden darf, jene Handlungen sich in ihrer ursprünglichen Beschaffenheit, als *actes de pure faculté* darstellen. Nur ein Zweifel bleibt hier noch aus dem Wege zu räumen, nämlich der, ob nicht
bey

bey diesen Handlungen durch einen gegen eine versuchte Weigerung eingelegten Widerspruch und darauf erfolgte Beruhigung ein Besitzverhältniß begründet werden könne. Allein dieß kann wohl schwerlich angenommen werden, weil das Gesetz ganz bestimmt sagt, daß dergleichen Handlungen überall keinen Besitz begründen sollen. Das französische Recht scheint also diese Form einem acte de pure faculté diese seine Eigenschaft zu entziehen gar nicht anzuerkennen, wie dieß auch dadurch bestätigt wird, daß alle negativen Servituten (*servitudes continues non apparentes*) schlechterdings für unverjährbar erklärt sind, ohne Unterschied ob der Unterlassung der Handlung ein solcher Widerspruch vorangegangen ist oder nicht ⁹²⁾).

b)

- 92) Man kann hiergegen freylich wieder einwenden, daß bey diesen Dienstbarkeiten die Verjährung eigentlich wegen der mangelnden Publicität des Besitzes ausgeschlossen sey. Allein daß hier auch die Beschaffenheit des Gegenstandes des Rechts als mitwirkender Grund betrachtet werden müsse, erhellt daraus, weil auch in Ansehung der actes de simple tolérance durch einen gegen eine versuchte Weigerung erfolgten Widerspruch und darauf erfolgte Beruhigung kein Besitzverhältniß begründet werden kann: z. B. wenn ich gegen den Widerspruch des
Eigen-

b) Indessen auch abgesehen davon, daß bey diesen Rechten schon aus dem Grunde kein Besitz Statt findet, weil sie Handlungen zum Gegenstande haben, welche, abstrahirt von allen ihnen zum Grunde liegenden Verbindlichkeitsgründen, immer als Handlungen der freyen Willkühr angesehen werden müssen, so kommt doch hier noch der Umstand in Betrachtung, daß eine ununterbrochene Ausübung des Rechtes, durch welche der Erwerb des Besitzes desselben bedingt ist, hier nicht möglich ist, eben weil die Ausübung des Rechtes immer von einer menschlichen Handlung abhängt. Die Ausübung dieser Rechte enthält also nothwendig eine Zweydeutigkeit, welche der Begründung eines eigentlichen Besitzes immer im Wege steht ^{92 a)}. Eine gesetzliche Anwendung

Eigenthümers meinen Weg mit Gewalt über sein Grundstück nehme, selbst wenn ich auf dem Wege Anlagen treffe, die die Servitut zu einer sichtbaren machen würden.

92 a) Es findet hier gewiß sehr treffend seine Anwendung was Albisson in seinem *Rapport au tribunal etc. vol. II. p. 138.* von der Verjährung der servitudes discontinues sagt: *la possession ne se manifestant pas nécessairement par des actes assez suivis ou assez frequens pour faire supposer le consentement, même lorsqu'il n'y auroit pas eu de contradiction*

dung dieses Requisites findet man bey den servitutibus discontinuis apparentibus.

Das Resultat der Untersuchung geht also dahin, daß, einer consequenten Anwendung der Grundsätze des französischen Rechtes zufolge, diese Classe von Rechten nur durch titres erworben werden kann, wodurch dann die Frage von

tradiction formelle, c'est avec raison que le projet déclare que de telles servitudes ne peuvent s'établir que par titres etc. und ist man einmahl darüber einig daß ein Erwerb dieser Rechte durch Verjährung nicht möglich sey, so kann man wieder das anwenden, was der Cassationshof sagt: *qu'on ne peut pas admettre qu'une possession pendant une année puisse donner quelque droit à une servitude qu'on n'auroit pu acquérir par une possession, quelle en eût été la durée.* — Wie wollte man auch sonst die Bestimmung des Art. 23. des C. de P. C., — daß erst dann von einem Schutze des Besitzes die Rede seyn soll, wenn man das Recht, in dessen Besitz man geschützt seyn will, ein Jahr lang ununterbrochen ausgeübt habe, — zur Anwendung bringen? Die Natur aller derjenigen Rechte, deren Ausübung von menschlichen Handlungen abhängt, bringt es mit sich, daß bey ihnen ein solcher Besitz nicht gedacht werden kann, weil die Bedingungen, durch welche die Begründung desselben bedingt ist, bey ihnen nicht Statt finden können.

von der Statthaftigkeit des Besitzes sich von selber erledigt ^{92 b)}).

II) Was die zweyte Classe, nämlich die Familienrechte, anbelangt, so kann man freylich nicht läugnen, daß das Gesetz ausdrücklich von einer possession d'état redet, und also dadurch einen Schutz des bloß factischen Vorhandenseyns eines Familienzustandes, oder des Genusses der Rechte eines solchen anzuerkennen scheint ⁹³⁾. Allein bey einer etwas genaueren Untersuchung ist es doch unverkennbar, daß hier ganz andere Ansichten zum Grunde liegen; denn nicht zu gedenken, daß hier nicht von einem einzelnen Rechte,

92 b) Das alte Recht liefs bey diesen *droits de bannalité* und *de corvées* ein possessorisches Verfahren zwar zu, aber nur in dem Falle wenn ihnen ein Titel zum Grunde lag. Le seigneur qui en a joui sans titre, n'est pas reçu à former la complainte pour y être maintenu: cette possession en laquelle il en a été sans titre, étant présumée injuste et extorquée dans son origine par un abus que le seigneur a fait de sa puissance. Mais lorsque le Seigneur rapporte en titre, quoique ce titre soit contredit, il suffit pour que le seigneur puisse former la complainte, et pour qu'il doive être maintenu par provision dans la possession du droit par lui prétendu, jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement au pétitoire. Pothier *l.c. Ch. VI. Sect. I. § II. nr. 91. p. 553.*

93) Artikel 196, 197, 320, 321, 322, 323.

Rechte, sondern von einem bestimmten Zustande und bestimmten persönlichen Eigenschaften die Rede ist, und dafs ferner der Besitz hier überhaupt durch die Vereinigung mehrerer That- sachen, welche fortdauernd gewirkt haben, und welche auf das Verhältnifs der rechtmässigen Ver- wandtschaft und Abstammung eines Menschen von der Familie, zu welcher er sich rechnet, schliessen lassen, begründet werden soll ⁹⁴), folg- lich die für den Erwerb des Besitzes im Allge- meinen bestimmte Zeit hier nicht zur Anwen- dung kommen kann, so liegt das eigentlich Ent- scheidende hier darin, dafs Possessorium und Pe- titorium nicht von einander distinguirt werden können, indem der Besitz schon allein ein hin- reichender Beweis des rechtlich zustehenden Sta- tus ist, und der Besitzer schon wegen seines Be- sitzes ein Recht auf den Zustand hat, welcher Gegenstand des Besitzes ist ⁹⁵). Wenn jemand

so

94) Artikel 321.

95) Artikel 320. Bigot Préameneu *Exposé des mo- tifs etc. vol. I. p. 158.* mais son état ne dépend point de ce genre de preuve (du titre). L'usage de regi- stres publics pour l'état civil n'est pas très ancien, et c'est dans des temps plus modernes encore qu'ils ont commencé à être tenus plus régulièrement. Ils ont été établis en faveur des enfans, et seulement pour les dispenser d'une preuve moins facile. — On

ue

so lange als Mitglied einer Familie angesehen und behandelt worden ist, dafs man nun sagen kann, er befinde sich in dem Besitze dieses Zustandes, so wird in dem nehmlichen Augenblicke, in welchem dieser Zustand wegen seiner bisherigen ununterbrochenen Dauer in den Besitz desjenigen kommt, dem er zusteht, für diesen zugleich ein Recht auf diesen Zustand in sofern begründet, als er durch den Besitz desselben seine rechtlichen Ansprüche auf ihn beweisen kann. Dafs der zum Gegenstand des Besitzes gewordene Zustand auch in dieser Eigenschaft eine bestimmte Zeit hindurch fortgesetzt worden sey, um diese Wirkung

ne peut plus douter que l'enfant ne soit né de mariage, quand il prouve que ses père et mère, unis légitimement, l'ont constamment traité comme le sont tous les enfans légitimes. Lahary Rapport au tribunaat etc vol. I. p. 334, 335, Duveyrier Discours au Corps législatif etc. vol. I p. 349. — Nicht eben so verhält es sich in Ansehung der *possession d'état d'un époux légitime* Artikel 195. Portalis *Exposé des motifs etc* vol. I. p. 131. Gillet Rapport au tribunaat etc. vol. I. p. 269. Der Schutz welcher hier dem Besitz ertheilt wird ist nichts weiter als eine provisorische Verfügung über den Besitzstand, welche in unmittelbarer Verbindung mit der endlichen Entscheidung des Richters selber steht. Ich darf hier auf Savigny verweisen l. c. §. 49. p. 446 - 449.

Wirkung hervorzubringen, ist nicht erforderlich. Es wird vielmehr diese Wirkung in demselben Momente begründet, in welchem der Besitz entsteht, und es kommt also hier in der That der Grundsatz *la possession vaut titre* zur Anwendung, welcher alles possessorische Verfahren ausschließt.

III) In Ansehung der Obligationenrechte endlich kommt hier völlig wieder das zur Anwendung, was oben ad nr. I. gesagt worden ist, da jene Classe von Rechten, genau betrachtet, allerdings zu den Obligationen-Verhältnissen gezählt werden muß⁹⁶⁾. Alle diese Rechte haben menschliche Handlungen zum Gegenstande, die theils abgesehen von allen Rechtsgründen immer als willkürlich erscheinen müssen, und andentheils, weil das ihnen gegenüberstehende Recht nicht ununterbrochen ausgeübt werden kann, immer nur ein zweydeutiges Besitzverhältniß begründen müssen. Nur die Bemerkung mag hier noch stehen, daß nämlich, wenn man bey diesen Obligationsrechten einen Besitz annehmen wollte, daraus auch folgen müßte, daß Obligationsverhältnisse auch durch Verjährung begründet

96) S. Runde, *deutsches Privatrecht*. (4te Aufl. 1806.)
§. 278, 284. p. 234, 238.

gründet werden müßten, welche doch im ganzen C. N. nirgends als Entstehungsart, sondern nur als Aufhebungsart derselben angeführt wird ⁹⁷⁾).

97) Artikel 1234. Vergl. *rubr. liv. III. tit. III. des contrats ou des obligations conventionnelles en général.* und *rubr. liv. III. tit. IV. des engagements qui se forment sans convention,* und Art. 1370.



Assessment Book. Page 82.

Sub. 140/4

152.

166

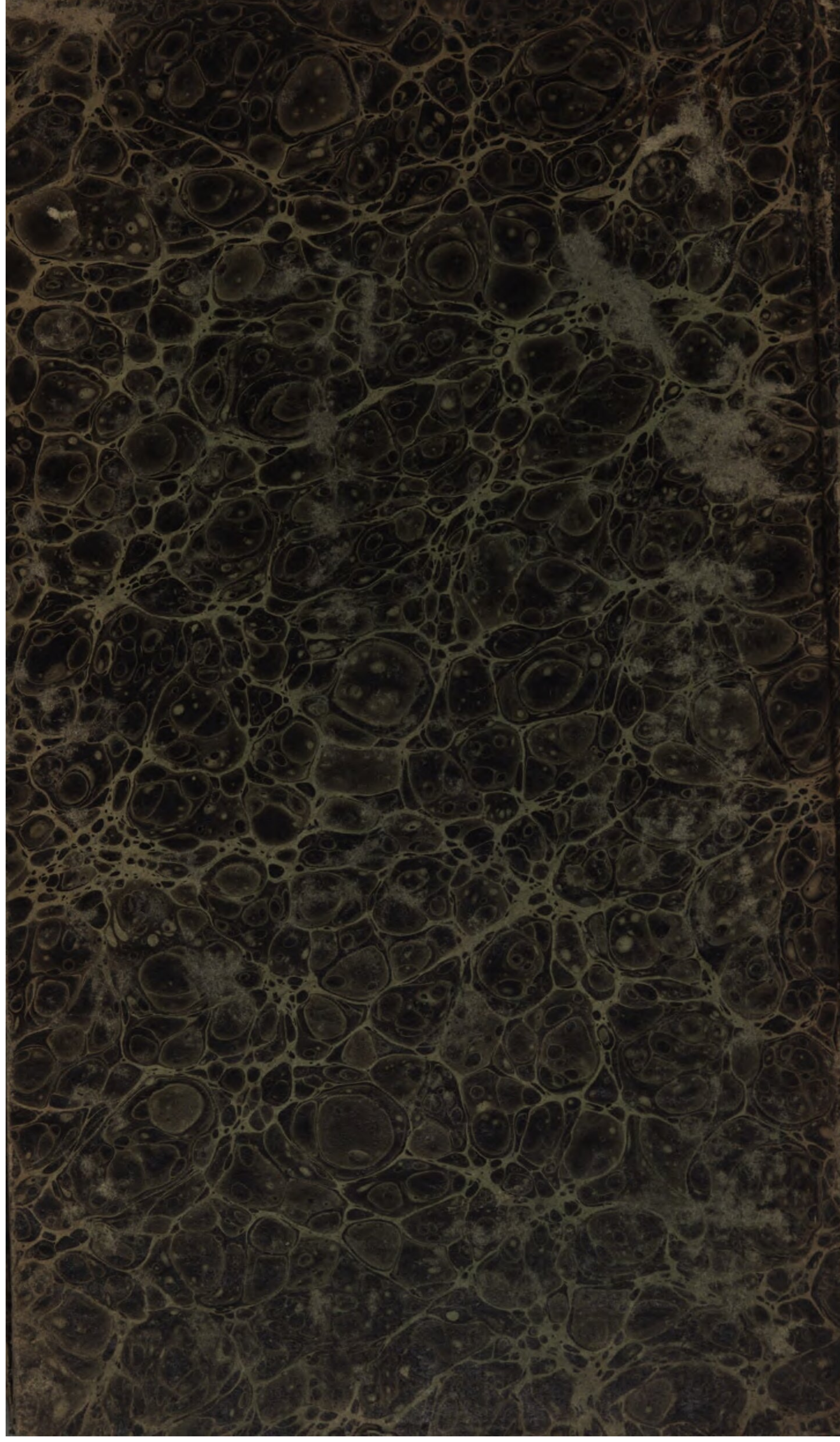
1-44. The ^{OK}
h

Sub. 148 ~~44~~

152.

166

1-44. In. Ak
h



Planck, Wilhelm,

Die Lehre vom Besitze nach den Grundsätzen des französischen Civil-Rechtes
dargestellt

Göttingen 1811

J.gall. 121 h

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10550102-4